

## Tilburg University

### De formele kwaliteit van een politiek debat

Wolthuis, A.J.

*Publication date:*  
2005

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
Wolthuis, A. J. (2005). *De formele kwaliteit van een politiek debat: Het debat over juridisering in het openbaar bestuur (1996-2000)*. Boom Juridische Uitgevers.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

A.J. Wolthuis


# De formele kwaliteit van een politiek debat

Het debat over juridisering in het openbaar bestuur  
(1996-2000)





## De formele kwaliteit van een politiek debat

UNIVERSITEIT  VAN TILBURG

BIBLIOTHEEK

Dit werk terug te bezorgen uiterlijk op:

29/5-'06	

Postbus 90153 • 5000 LE Tilburg • Telefoon 013-466 2124

Aan mijn ouders en mijn zus

# **De formele kwaliteit van een politiek debat**

**Het debat over juridisering in het openbaar bestuur  
(1996-2000)**

PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DE GRAAD VAN DOCTOR  
AAN DE UNIVERSITEIT VAN TILBURG, OP GEZAG VAN  
DE RECTOR MAGNIFICUS, PROF. DR. F.A. VAN DER DUYN  
SCHOUTEN,  
IN HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN TEN OVERSTAAN VAN EEN  
DOOR HET COLLEGE VOOR PROMOTIES AANGEWENZEN  
COMMISSIE IN DE AULA VAN DE UNIVERSITEIT OP DINSDAG  
18 JANUARI 2005 OM 16.15 UUR

DOOR

ALBERT JAN WOLTHUIS

GEBOREN OP 5 JULI 1973  
TE HOOGEZAND

Promotores:

prof. dr. W.J. Witteveen  
prof. dr. mr. W. van der Burg  
prof. dr. M.L.M. Hertogh

Van dit proefschrift is een handelseditie verschenen bij Boom Juridische uitgevers onder ISBN 90-5454-641-7

## Voorwoord

Misschien is het belangrijkste dat een promovendus van zijn promotores kan krijgen wel vrijheid. Willem Witteveen, Marc Hertogh en Wibren van der Burg hebben mij dit grote goed in ruime mate geschonken. Ik dank ze daar hartelijk voor. Ik heb veel plezier beleefd aan het bedenken en uitvoeren van dit onderzoek.

Mijn promotores hebben me gelukkig niet alleen vrijheid gegeven, maar ook commentaar. De kritiek van Marc was doorgaans het meest fundamenteel. Hij onderzocht steeds zorgvuldig of ik de keuzes in het onderzoek zichtbaar maakte en motiveerde. Ik was op het moment zelf meestal niet zo blij met zijn commentaar, omdat het altijd veel herzieningen betekende, maar uiteindelijk ben ik hem er zeer dankbaar voor, omdat het boek er een stuk beter door is geworden. Wibren controleerde telkens nauwkeurig mijn argumentaties, voorbeelden en oordelen. Hij verzon met zichtbaar plezier sterke tegenargumenten en lastige tegenvoorbeelden. Willems invloed op dit boek is erg groot geweest. Hij is onder andere retoricus, perspectivist en debatonderzoeker en in dit boek gebruik ik de retorica en het perspectivisme bij mijn debatonderzoek. Dat zegt al genoeg. Hij heeft op alle onderdelen van het boek steeds treffende kritieken gegeven. Willem heeft me ook op veel bruikbare literatuur gewezen. Op moeilijke momenten heeft hij me moed ingesproken.

Ik dank Bert van den Brink voor de inspirerende gesprekken over politiek en politieke filosofie en voor de teksten van Jeremy Waldron, James Tully, David Owen, Stuart Hampshire, Charles Taylor en... Bert van den Brink. De redeneringen en opvattingen van deze denkers hebben de richting van dit onderzoek sterk bepaald. Volgens deze filosofen is de kwaliteit van het politieke debat zeer belangrijk voor onder andere de acceptatie van wetgeving. Maar ik vond dat zij niet zo goed duidelijk maakten welke kenmerken een goed politiek debat heeft. Vandaar dit proefschrift.

De eerste vier jaren dat ik aan het boek werkte, was ik lid van de zogenoemde PIONIER-groep die onder leiding van Wibren van der Burg onderzoek deed naar de rol van idealen in recht, moraal en politiek. Ik dank NWO en de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Tilburg voor de financiering van mijn onderzoek. Het was fijn werken temidden van de andere *pioniers*, vooral nadat van hogerhand besloten werd ons in een chic soort bouwketen te huisvesten, op de grens tussen de universiteit en de Warande, een parkachtig wandelbos.

Daarna werd ik docent aan de Vrije Universiteit. Ik ben Arend Soeteman erg dankbaar voor de baan. Ik mocht van hem de onderzoekstijd die me als docent ten deel viel, besteden aan het proefschrift! Arend is een prettige collega. Het is een soort spel bij ons geworden om voor tentamens argumentatieleer telkens weer arresten te vinden met een boeiende, voor eerstejaarsstudenten enigszins doorzichtige argumentatiestructuur. In Jaap Zwart

heb ik een fijne collega en gezellige kamergenoot. We kunnen samen plezierig mopperen, op van alles eigenlijk, maar doen dat nooit langer dan vijf minuten. Ik dank hem voor het rustige werkklimaat in 7A-37; het heeft de voltooiing van dit boek bespoedigd.

Ik dank Hildegard Penn voor haar snelle en grondige commentaar op de samenvatting. Peter Blok en Timon Oudenaarden dank ik voor hun hartelijke 'ja' op de vraag of ze mijn paranimfen wilden zijn. Zij zullen die functie vast heel zorgvuldig bekleden.

De leden van de promotiecommissie dank ik voor het spoedige (en positieve!) oordeel over het proefschrift.

Vrienden en (aangetrouwde) familieleden dank ik ervoor dat ze af en toe informeerden naar het proefschrift, maar dat niet deden tijdens stiltes op feestjes en partijen.

Ik draag dit debatboek op aan mijn ouders en mijn zus. Ik heb het debatteren van Jan en Jikke afgekeken. Henrike verstaat de kunst oninteressante of langsepende discussies met één rake uitspraak te beëindigen.

Ik dank Marjolein voor wie ze is en voor wat ze doet. Het is mooi leven met haar en onze prachtige en lieve dochter Katrijn.

# Inhoudsopgave

## HOOFDSTUK 1

INLEIDING .....	1
1 <i>Inleiding</i> .....	1
2 <i>Een filosofische vraag, geen politicologische</i> .....	2
3 <i>Een zwarte vlek op de filosofische kaart van de politiek</i> .....	5
4 <i>Een formeel perspectief op een compleet politieke debat</i> .....	7
5 <i>Doel en vraag</i> .....	8
6 <i>Welberadenheid en acceptatie</i> .....	9
7 <i>Oordeelsvorming</i> .....	10
8 <i>De verwachte uitkomst van het onderzoek</i> .....	11
9 <i>De selectie van het te onderzoeken debat</i> .....	12
10 <i>De hoofdvraag, de deelvragen en de opbouw van het onderzoek</i> .....	14

## HOOFDSTUK 2

EEN FORMEEL PERSPECTIEF .....	17
1 <i>Twee inhoudelijke visies op een goed politiek debat</i> .....	17
2 <i>Redenen voor een formeel perspectief op politiek debat</i> .....	25
3 <i>Formele eisen afgeleid uit inhoudelijke gezichtspunten</i> .....	27
4 <i>Het vertrekpunt: audi alteram partem</i> .....	28
5 <i>De reis die voor ons ligt</i> .....	30

## HOOFDSTUK 3

EEN POLITIEK DEBAT .....	31
1 <i>Een proces van oordeelsvorming</i> .....	31
2 <i>Debat en andere processen van oordeelsvorming</i> .....	34
3 <i>Een definitie van debat</i> .....	36
4 <i>Een politiek debat</i> .....	38
5 <i>Het debat over juridisering in het openbaar bestuur</i> .....	39

## HOOFDSTUK 4

DRIE KENMERKEN VAN EEN GOED POLITIEK DEBAT .....	41
1 <i>De twee doelen van audi alteram partem</i> .....	41
2 <i>Een weloverwogen oordeel over een wetsvoorstel</i> .....	42
3 <i>Een geaccepteerde wet</i> .....	46
4 <i>Conclusie</i> .....	49

## HOOFDSTUK 5

OVERTUIGINGSMIDDELEN EN PERSPECTIEVEN .....	51
1 <i>Deugdelijke redeneringen</i> .....	51
2 <i>Andere overtuigingsmiddelen</i> .....	55
3 <i>Het schatten van de rolverdeling</i> .....	56



4	<i>Metaforen en perspectieven</i> .....	58
---	---	----

## HOOFDSTUK 6

<i>BESTUUR IN GEDING</i> .....	69
1 <i>De inhoudelijke achtergrond: de Algemene wet bestuursrecht</i> .....	69
2 <i>Publicaties van bestuurders</i> .....	72
3 <i>Rolverdeling</i> .....	76
4 <i>Overtuigingsmiddelen</i> .....	79
5 <i>Het gezichtspunt van de bestuurders op jurisdisering</i> .....	89
6 <i>Conclusie</i> .....	94

## HOOFDSTUK 7

<i>RECHTSGELEERD COMMENTAAR</i> .....	97
1 <i>Publicaties van rechtsgeleerden</i> .....	97
2 <i>Rolverdeling</i> .....	100
3 <i>Overtuigingsmiddelen</i> .....	102
4 <i>Het gezichtspunt van rechtsgeleerden op jurisdisering</i> .....	116
5 <i>Conclusie</i> .....	120

## HOOFDSTUK 8

<i>HET KABINETSSANDPUNT</i> .....	121
1 <i>Het kabinetssandpunt en de aanloop ernaartoe</i> .....	121
2 <i>Overtuigingsmiddelen</i> .....	129
3 <i>Het gezichtspunt van het kabinet op jurisdisering</i> .....	137
4 <i>Conclusie</i> .....	140

## HOOFDSTUK 9

<i>HET SCHRIFTELIJKE EN HET MONDELINGE OVERLEG</i> .....	141
1 <i>De aanloop naar het schriftelijke en het mondelinge overleg</i> .....	141
2 <i>Over commissies en het schriftelijke en het mondelinge vraag-en-antwoordspel</i> .....	147
3 <i>Overtuigingsmiddelen</i> .....	149
4 <i>Het gezichtspunt van de commissies op jurisdisering</i> .....	157
5 <i>Conclusie</i> .....	157

## HOOFDSTUK 10

<i>CONCLUSIE</i> .....	159
1 <i>Formele kenmerken?</i> .....	159
2 <i>Een politiek debat?</i> .....	160
3 <i>Een goed politiek debat?</i> .....	162
4 <i>Enkele opmerkingen over de verklaring van de gevonden kwaliteit</i> .....	164
5 <i>De doelen van de studie</i> .....	165
6 <i>Politieke debatten formaliseren</i> .....	167

<i>SUMMARY</i> .....	169
----------------------	-----



LITERATUUR.....175

TREFWOORDENREGISTER..... 187

## Inleiding

### 1 Inleiding

De vraag in dit proefschrift is of het debat over de zogenoemde ‘juridisering’ van het openbaar bestuur, dat gedurende de laatste vier jaren van de vorige eeuw gevoerd werd door bestuurders, rechters, wetenschappers en politici, de kenmerken heeft van een goed politiek debat.

Het maakt wat uit of politieke debatten goed verlopen of niet. Want debatten die goed verlopen hebben automatisch goede uitkomsten. En daarmee bedoel ik niet oordelen of besluiten waarmee iedereen het eens is, maar die iedereen weloverwogen zou kunnen vinden en die iedereen zou kunnen accepteren, omdat alle partijen zijn gehoord en het publiek de voors en tegens zorgvuldig heeft afgewogen. Alleen een goed politiek debat kan politieke oordelen en besluiten echt weloverwogen en aanvaardbaar maken. Slechte politieke debatten vergroten vermoedelijk de afstand tussen de debatterende partijen en tussen politici en burgers, en zijn er waarschijnlijk ook het gevolg van. Voor een goed functionerende staat is de kwaliteit van politieke debatten vermoedelijk van cruciaal belang.

‘Vermoedelijk’, want we weten nog niets zeker over het effect van goede of slechte politieke debatten op de politieke gemeenschap. Toch hebben sommigen, wellicht vooral de laatste jaren, de indruk dat *de manier waarop* politici met elkaar en met burgers debatteren van groot belang is voor een goed functionerende staat.<sup>1</sup> Maar wat is een goede manier om met elkaar te debatteren? Wanneer verlopen politieke debatten goed? Welke kenmerken heeft een goed politiek debat? Moeten partijen per se vriendelijk tegen elkaar zijn of is een houding van beschaafde vijandigheid voldoende? Moeten ze streven naar consensus of elkaars argumenten juist fel bestrijden? Is het gebruik van retorische technieken toelaatbaar? Wat is de rol van het publiek? We weten er erg weinig van. Filosofen hebben het politieke debat genegeerd of ze hebben zich beperkt tot het achterhalen van de voorwaarden voor een goed debat, argumentatiedeskundigen beperken zich doorgaans tot individuele redeneringen en politicologen richten zich op politieke wetmatigheden, op het verklaren en voorspellen van politiek gedrag. Het politieke debat blijft door de wetenschappelijke verkokering een onbestudeerd verschijnsel, een zwarte vlek op de kaart van de politiek. Inzicht in de kwaliteit van het politieke debat vereist multidisciplinaire kennis: kennis van de filosofie, de argumentatieleer, de retorica, de politicologie.

<sup>1</sup> Zie bijvoorbeeld Anneke Smelik, Hans van der Ven en Thomas Mertens, ‘Stop cynisme in de media’, *NRC Handelsblad*, 17 december 2004.

Het debat dat hier wordt onderzocht, draait om de vraag of vormen van juridisering in het openbaar bestuur (veel rechtszaken, langdurige procedures, politieke of actieve rechters, veel en complex bestuursrecht) aanleiding zijn de toegang tot en de bevoegdheden van de bestuursrechter te beperken. Aan het debat nemen provincie- en gemeentebestuurders, rechters, rechtsgeleerden, ministers en volksvertegenwoordigers deel. Enkele provincie- en gemeentebestuurders, aangevoerd door J.A. van Kemenade, destijds commissaris van de Koningin in Noord-Holland, pleiten in het rapport *Bestuur in geding* voor een reeks van wijzigingen in de Algemene wet bestuursrecht. Het beoogde doel waartoe die wijzigingen zouden moeten leiden, is een terugdringing van de juridisering. Van Kemenade biedt het rapport op 12 november 1997 aan de minister van Binnenlandse Zaken aan. Dit voorstel tot wetswijziging wordt vooral door rechtsgeleerden en rechters scherp bekritiseerd. Zij verwerpen bijna alle voorstellen die de bestuurders doen. Volgens hen zijn veel voorstellen niet nodig of bedreigt de uitvoering van de voorstellen het recht van burgers op onafhankelijke en zinvolle rechtspraak. Het kabinet schrijft in 1998 naar aanleiding van met name *Bestuur in geding* en de rechtsgeleerde kritiek erop een notitie getiteld *Juridisering in het openbaar bestuur*. Het kabinet kondigt erin aan enkele van de wijzigingen die de werkgroep Van Kemenade bepleit, te willen overnemen. De notitie wordt gesteund door de vaste kamercommissies van Binnenlandse Zaken en Justitie, in achtereenvolgens een schriftelijk en een mondeling overleg. De notitie mondt niet uit in één wetsvoorstel, maar speelt wel een rol in een heleboel wetsvoorstellen.

In dit hoofdstuk leid ik het proefschrift in door de vraag toe te lichten. Ik beargumenteer eerst waarom de vraag thuishoort in de politieke filosofie. Vervolgens vertel ik dat filosofen zich tot dusverre niet hebben beziggehouden met de kwaliteit van het politieke debat. Daarna verhelder ik het perspectief dat in dit proefschrift op het politieke debat wordt gepresenteerd. Ik motiveer de keuze voor het juridiseringsdebat, laat de hoofdvraag in enkele deelvragen uiteenvallen en behandel kort de opbouw van het boek.

## 2 Een filosofische vraag, geen politicologische

De vraag in dit proefschrift is een filosofische vraag. De vraag hoort thuis in de politieke filosofie.<sup>2</sup> Maar de politieke filosofie wordt op verschillende manieren gedefinieerd. Ik reken de vraag tot de politieke filosofie omdat de vraag de kwaliteit van het politieke debat betreft, een goed politiek debat een belangrijk onderdeel is van een goede politieke samenleving, en de goede politieke samenleving het object is van de politieke filosofie. Maar er zijn ongetwijfeld filosofen die menen dat de vraag naar de kwaliteit van een politiek debat niet tot de politieke filosofie behoort. De Amerikaanse filosofe Jean Hampton is er daar wellicht één van. Lees hoe zij haar inleiding in de politieke filosofie begint.

---

<sup>2</sup> Ik zal hierna ook spreken van filosofie en filosofen, maar dan bedoel ik telkens politieke filosofie en politieke filosofen.



Political philosophy is about political societies—what they are, which forms can be justified, and what they should do. Political philosophers don't focus on the day-to-day politics of a state, nor are they primarily interested in understanding any particular institution in existing states. The task of political philosophy is not any surface description of particular political societies. Instead, the political philosopher wants to understand at the deepest level the foundations of states and their ethical justification. What does a society have to be like in order to be a political society? How do political societies arise? Why should they be considered morally legitimate? How do you tell a good political society from a bad one? (Hampton 1997, p. xiii)

Ik ben het met Hampton eens dat politieke filosofie over politieke samenlevingen gaat en dat het gaat om de kwaliteit van die samenlevingen. Maar in tegenstelling tot Hampton meen ik dat we die vraag niet goed kunnen beantwoorden als we niet specifiek worden. Politieke filosofie moet zich volgens mij juist wel bezighouden met alledaagse politiek en zich wel concentreren op bepaalde instituties. Dit onderzoek naar de kwaliteit van een bepaald politiek debat doet beide. Ik richt me op een alledaags politiek debat en ik richt me op een bepaalde institutie, namelijk het politieke debat.

Maar is de vraag daarmee niet politicologisch? Als politicologie begrepen wordt als de *verklarende* wetenschap van de politiek,<sup>3</sup> als politicologen zich van filosofen onderscheiden door de interesse in verklaringen in plaats van beoordelingen, dan is de vraag niet politicologisch. Ik *beoordeel* in dit boek een politiek debat. Ik kom niet toe aan het verklaren van de gevonden kwaliteit.<sup>4</sup> Voor een verklaring is ook onderzoek nodig naar de motieven of doelen van de deelnemers aan politieke debatten. Hebben politici en anderen baat bij een kwalitatief hoogstaand debat? Streven zij het doel goed te debatteren wel na? Hoe verhouden de kosten en de baten zich in dit geval? Welke andere doelen streven politici en andere burgers na en komen deze doelen in conflict met het doel een goede bijdrage aan een debat te leveren? Sommige politicologen gaan er vanuit dat politici boven alles gericht zijn op het maken van carrière.<sup>5</sup> Het is niet duidelijk of goed debatteren wel voldoende bijdraagt aan dit doel.

<sup>3</sup> Zie Van Deth 1993, p. 1: 'Kenmerkend voor het werk van politicologen is het gebruik van theorieën voor het opstellen van *verklaringen* en het op systematische en controleerbare wijze toetsen van die *verklaringen*.' De verklaringen hebben betrekking op 'politieke verschijnselen'. (Van Deth 1993, p. 1, mijn cursivering)

<sup>4</sup> Ook na dit onderzoek is het denk ik eerst nodig meer debatten te beoordelen. Pas als de oordelen over die debatten preciezer zijn geworden, en de manieren om tot die oordelen te komen langzaam maar zeker wat beproefder worden, is het tijd om de aandacht te richten op het verklaren van de kwaliteit van politieke debatten. Deze volgorde is logisch. De omgekeerde volgorde is niet mogelijk. 'Als je een verklaringsprobleem wilt oplossen, moet daaraan voorafgaand een beschrijvingsprobleem zijn opgelost: je weet dan hoe iets in elkaar zit, maar nu doet zich de vraag voor: hoe komt dat?' (Swanborn 1981, p. 68) Daar waar Swanborn spreekt van een beschrijvingsprobleem kunnen we meen ik ook lezen een beoordelingsprobleem. Een beoordeling is een vergelijking van een beschrijving en een norm.

<sup>5</sup> 'The discussion to come', schrijft David Mayhew in zijn studie naar het Amerikaanse *Congress*, 'will hinge on the assumption that United States congressmen are interested in getting reelected—indeed, in their role here as abstractions, interested in nothing else.' (Mayhew 1974, p. 13)

Misschien is de opbrengst van de handeling in verhouding met alternatieve handelingen wel heel beperkt. Volgens de politicoloog Mayhew zijn de leden van het Huis van Afgevaardigden en de Senaat in de Verenigde Staten voornamelijk bezig (a) bekendheid te verwerven, (b) uit te leggen wat zij voor burgers hebben gedaan en (c) stellingen in te nemen.<sup>6</sup> Als dit ook voor de (anders gekozen) Nederlandse parlementariërs en bewindslieden geldt, dan is nog maar de vraag of zij erop uit zijn goed te debatteren. Wellicht zijn burgers (en dus politici?) voornamelijk geïnteresseerd in stellingen (handeling c), en minder in argumenten.

Op basis van politicologisch onderzoek zou het dus mogelijk zijn te verklaren waarom politici zich onvoldoende *inspannen* voor een goed politiek debat. Uit die onvoldoende inspanning kan vervolgens de kwaliteit van een goed debat worden verklaard. Een heel ander soort oorzaak betreft het *vermogen* of de vaardigheid te debatteren. Het is mogelijk dat de deelnemers aan een debat wel voldoende inspanningen leveren, maar dat desondanks het debat toch een lage kwaliteit heeft, bijvoorbeeld omdat de deelnemers niet goed kunnen redeneren of omdat ze niet goed *met elkaar* kunnen redeneren—bijvoorbeeld omdat ze elkaar niet begrijpen (omdat ze een andere taal spreken of omdat ze een andere opvoeding hebben genoten of om nog andere redenen). Het is mogelijk dat in de beschrijving en beoordeling van het politieke debat *deze* oorzaken (en dus verklaringen) van de kwaliteit van het debat aan het licht komen. De andere oorzaken, die betrekking hebben op de inspanning en niet op het vermogen, kunnen in dit onderzoek niet aan het licht komen.

In dit onderzoek, waar ik een debat beschrijf en beoordeel, ben ik ook niet, zoals Mayhew, naar die oorzaken op zoek. Ik ga hier niet na welke doelen politici en anderen blijken hun handelingen nastreven. Het zal duidelijk zijn dat daarom op basis van dit onderzoek niets met zekerheid beweerd kan worden over de verklaring van de kwaliteit van dit debat, ook al is het wel mogelijk dat bijvoorbeeld enkele oorzaken van het ontbreken van voldoende redeneervermogen worden gevonden of ontkracht.

De vraag is, tenslotte, ook niet juridisch van aard. Een jurist is, wat het politieke debat betreft, geïnteresseerd in de rechtmatigheid of onrechtmatigheid van uitingen. Is een uiting beledigend of zet zij aan tot haat of discriminatie (artt. 261-271, 137c en 137d Sr)?<sup>7</sup> Het zal duidelijk zijn dat een debat waarbij de sprekers elkaar beledigen waarschijnlijk geen goed debat is. Waarschijnlijk minachten de partijen elkaar zó, dat zij niet meer toekomen aan goed debatteren. Goed debatteren vereist dat partijen elkaar en elkaars redeneringen serieus nemen en die positieve houding ontberen partijen die elkaar beledigen doorgaans. Dit betekent natuurlijk nog niet dat een debat waarbij men elkaar niet beledigt, meteen een goed debat is. Een rechtmatig debat is nog niet automatisch een goed debat. Ik houd me in dit onderzoek bezig met dat laatste, niet met het eerste. Ik ben geïnteresseerd in de kwaliteit, niet in de rechtmatigheid van een

<sup>6</sup> Mayhew (1974) gebruikt de termen 'advertising' (49), 'credit claiming' (52) en 'position taking' (61).

<sup>7</sup> Zie bijvoorbeeld de juridische studie van Rosier (1997) naar vrijheid van meningsuiting.



politiek debat. De kenmerken van een goed politiek debat die ik in dit hoofdstuk onderscheid, verwijzen naar politieke deugden, niet naar juridische plichten.

### 3 Een zwarte vlek op de filosofische kaart van de politiek

De vraag van dit proefschrift hoort dus thuis in de politieke filosofie. Een proefschriftonderzoek dient gericht te zijn op het wegnemen of in kaart brengen van een lacune in onze kennis. Ik beweer dat het politieke debat een onbekend terrein is, een zwarte vlek is op de filosofische kaart van de politiek. Maar die bewering is op het eerste gezicht misschien niet erg aannemelijk. Hoe kan het nu toch dat het politieke debat *geen* centrale plaats inneemt in het filosofische onderzoek naar de politiek?

Politieke debatten zijn immers aan de orde van de dag? Op allerlei bestuursniveaus wordt bijna dagelijks vergaderd over de meest uiteenlopende beleidsvoornemens. En als de voor- en tegenstanders van plannen, verordeningen, wetsvoorstellen, richtlijnen, verdragen aan het eind van de werkdag of -week de officiële discussiefora verlaten, dan ontmoeten ze elkaar vaak nog vóór de volgende beraadslaging in talkshows, debatprogramma's, of op opiniepagina's van kranten en tijdschriften, zodat het debat op een wat andere wijze wordt voortgezet. Zo gauw men er oog voor krijgt, ziet men overal voortdurend politieke debatten om zich heen. Of politici voeren debat, of ze bereiden het voor, of ze bespreken het na. Is de wereld van de politiek geen wereld van debat, discussie, argumenten pro en contra?

Het is dus niet zo dat het politieke debat een onbetekenend, marginaal verschijnsel is in de politiek, dat filosofen het genegeerd hebben. Maar misschien is het juist de alledaagsheid van het politieke debat die er de oorzaak van is dat de politieke filosofie zich met het politieke debat niet op grote schaal heeft beziggehouden. In de vorige paragraaf lazen we dat volgens Jean Hampton de politieke filosofie zich juist richt op het niet-alledaagse. En ik kan dan wel menen dat dat niet vruchtbaar is, feit is wel dat de invalshoek van de meeste filosofen past bij de taakomschrijving die Hampton geeft. In elk geval lijken vooraanstaande moderne Westerse filosofen als Hobbes en Locke in een filosofische traditie te staan die zich hoofdzakelijk richt op het niet-alledaagse, op het duurzame: op politieke structuren (de vraag wat de beste staatsvorm is) en op de legitieme reikwijdte van staatsgezag. Het is eerder de constitutie, de grondwet waarbinnen de politiek zich afspeelt, die in de moderne politieke filosofie centraal lijkt te staan, dan het politieke spel zelf.

Deze analyse kan op verschillende manieren onder woorden worden gebracht. James Tully beweert dat pas in de twintigste eeuw aandacht ontstaat voor het politieke spel. Vóór die tijd hebben filosofen volgens Tully vooral gezocht naar de essentie van de politiek *achter* de politiek. (Tully 1999, pp. 162-163) En ook in de twintigste eeuw concentreren de meeste denkers zich op de condities van het spel, op de spelregels. Tully vraagt aandacht voor onderzoek naar het politieke spel zelf. 'To concentrate on [the rules of the game] is to mistake the stage-setting for the play.' (Tully 1999, p. 170)

Jeremy Waldron zegt ongeveer hetzelfde op een andere manier. Hij maakt een onderscheid tussen nadenken over een rechtvaardige constitutie en nadenken over politiek en beweert dat sinds de publicatie van John Rawls' *A Theory of Justice* in 1971 politiek filosofen voornamelijk de eerste taak hebben opgepakt. (Waldron 1999a, pp. 1-3) Filosofen hebben zich, in navolging van Rawls, geconcentreerd op het beschrijven en verdedigen van wat volgens hen de meest rechtvaardige samenleving is. Maar ze negeren de politiek, de arena waar partijen met elkaar debatteren over overheidsmaatregelen terwijl ze van mening verschillen over wat rechtvaardigheid vereist. Waldron roept op tot verandering of verbreding van de onderzoeksagenda.

Surely we should ponder the philosophical significance not only of justice itself, but of the nature and principled basis of political choice on matters of justice and right. Different people in society hold differing and opposed theories of justice; yet social decisions are reached, and institutions and frameworks established, which then purport to command loyalty even in the face of disagreements, even when such loyalty seems like moral betrayal to those who hold a contrary view. Surely this is worth philosophical attention, surely it is a topic on which the political philosopher ought to have something to say [...]. (Waldron 1999a, p. 2)

Amy Gutmann en Dennis Thompson vellen ongeveer hetzelfde oordeel, maar hun analyse is dat het politieke debat wordt genegeerd omdat het tussen het macroniveau van de constitutie en het microniveau van de individuele actor valt:

The tendency in moral and political philosophy has been to carry on its inquiries at either the micro or the macro level of politics, ignoring the vast territory in between. Most studies of morality assess the interrelations of individual actions, analytically isolated from any social context, while most theories of justice prescribe the basic structures of an ideal society, morally removed from prescriptions for any non-ideal society. (Gutmann en Thompson 1996, p. 4)

Welke analyse het meest accuraat is of welke bewoording het meest treffend is, is moeilijk vast te stellen. Maar belangrijk is dat de zojuist aangehaalde filosofen de stelling delen dat het politieke debat door filosofen veronachtzaamd wordt.

Maar misschien kan er ook iets tegen deze analyses worden ingebracht. In de eerste plaats kan men beweren dat er in de filosofie een opleving van aandacht is waar te nemen voor het politieke debat. De grote John Rawls maakt met *Political Liberalism* (1993) ten opzichte van *A Theory of Justice* (1971) toch een draai naar de politiek, naar het publieke debat? Is zijn eis dat burgers 'public reason' gebruiken niet een eis ten aanzien van onder andere het politieke debat? En spreekt uit de opkomst van de zogenoemde 'deliberative democrats' ook geen toegenomen aandacht voor deliberatie, voor debat?

Ja, maar Rawls en zijn volgelingen en de deliberatieve democraten beschrijven en beoordelen geen complete politieke debatten, maar toetsen elementen ervan (argumenten, standpunten) aan inhoudelijke interpretaties van het liberalisme respectievelijk de democratische rechtsstaat, aan materiële



normen dus die van buitenaf aan argumentaties en posities worden opgelegd. Zij zijn er niet op gericht kenmerken van een goed politiek debat te vinden, maar eisen die vanuit een bepaalde interpretatie van het liberalisme of de democratie aan politieke debatten kunnen worden gesteld.<sup>8</sup> In de volgende paragraaf beschrijf ik het verschil met mijn benadering.

In de tweede plaats kan men tegen de analyse inbrengen dat er wel toegepast filosofisch onderzoek plaatsvindt naar debatten. Er zijn toch onderzoekers die vanuit de rechtsgeleerdheid, de bestuurskunde, de politicologie filosofisch geïnspireerd *debatonderzoek* verrichten?

Ja, maar ook hier treffen we geen onderzoek naar de kwaliteit van politieke debatten aan. Er zijn wel wetenschappers geweest die debatten of onderdelen ervan hebben geanalyseerd, maar dat hebben ze niet gedaan met het oogmerk de kwaliteit ervan vast te stellen. De beschrijvingen van de debatten zijn steeds middel tot een ander doel, een doel dat buiten het debat zelf gelegen is. Hordijk bijvoorbeeld beschrijft in *De democratie van het respect* (2001) de schoolstrijd om de rol van levensbeschouwing in politieke debatten te bestuderen. En Prins interpreteert in *Voorbij de onschuld* (2000) het debat over de multiculturele samenleving met het doel een bepaalde positie in dat debat te ondersteunen. (Prins 2000, p. 12 en p. 16) Trappenburg analyseert in *Soorten van gelijk* (1993) allerlei debatten over medische kwesties om het ontstaan van ethische normen te onderzoeken en morele dilemma's te verhelderen. (Trappenburg 1993, p. 27) En Witteveen verheldert in *Het theater van de politiek* (1992) de paspoortaffaire om burgers inzicht te geven in de retorische technieken van politici. (Witteveen 1992, p. 25) Pröpper tenslotte analyseert in *Argumentatie en machtsuitoefening in onderzoek en beleid* (1989) redeneringen over de wet Investeringsrekening om het gebruik van onderzoek in beleidsprocessen te verklaren. (Pröpper 1989, p. 12) In al deze onderzoeken kunnen we methoden, begrippen of modellen aantreffen, maar geen model van een goed politiek debat. De verklaring is dat deze auteurs een dergelijk model niet nodig hebben. Zij stellen zich immers andere doelen dan het onderzoeken van de kwaliteit van een politiek debat.

De conclusie van deze paragraaf is dat in de (abstracte en toegepaste) politieke filosofie geen kenmerken van goede politieke debatten bekend zijn. Filosofen zijn voornamelijk geïnteresseerd in rechtvaardigheid en in constituties. Het politieke spel, het alledaagse politieke debat, heeft hun aandacht nog onvoldoende getrokken. Er zijn sinds de twintigste eeuw wel filosofen die posities en argumentaties in politieke debatten toetsen aan buiten het debat gelegen idealen.

#### 4 Een formeel perspectief op een compleet politieke debat

Wat is er kenmerkend voor mijn benadering van het politieke debat? Hoe kom ik de kenmerken van een goed politiek debat op het spoor? In de vorige

<sup>8</sup> Ik onderbouw deze analyse in hoofdstuk 2.



paragraaf schreef ik dat de zogenoemde deliberatieve democraten en liberalen in het voetspoor van Rawls elementen van politieke debatten beoordelen aan buiten het debat gelegen idealen (bepaalde interpretaties van de democratie en het liberalisme). Mijn benadering verschilt in twee opzichten van deze aanpak.

Ik richt me in de eerste plaats op het debat als geheel—de interactie tussen de partijen, de uitwisseling van argumenten pro en contra, de manieren van aanval en verdediging, de afweging van de argumenten door de publieksinstantie—en niet op alleen losse argumenten en stellingen. Ik beoordeel in dit proefschrift een compleet debat. Dat is voor zover ik weet nog niet eerder gedaan.

In de tweede plaats beoordeel ik het debat (over juridisering) niet aan idealen die buiten het debat zijn gelegen, maar onderzoek ik of het debat aan normen voldoet die inherent zijn aan de functie of de vorm van het politieke debat zelf. Ik ben op zoek naar die kenmerken van goede politieke debatten die af te leiden zijn uit de vorm van een politiek debat. In dit proefschrift ga ik op zoek naar uitsluitend deze *formele* kenmerken van een goed politiek debat. Eén van de redenen daarvoor is dat het politieke debat onbekend terrein is voor de filosoof en het logisch is het verkennen ervan te beginnen met het achterhalen van de formele kenmerken.<sup>9</sup> Anderen kunnen in de toekomst altijd nog inhoudelijke kenmerken toevoegen, zodat dan bijvoorbeeld de kenmerken van een goed *liberaal* politiek debat of een goed *democratisch* politiek debat worden verkregen. Ik beperk me in dit proefschrift tot de kenmerken die voortvloeien uit de vorm van het politieke debat en die dus mogelijk ook zouden kunnen worden toegepast op politieke debatten in andere dan democratische of liberale staten.

Dit heeft uiteraard consequenties voor de literatuurkeuze. Ik kan bijna geen gebruik maken van de hedendaagse politieke filosofie, omdat die, als zij het debat al als object heeft, het beoordeelt in het licht van bepaalde interpretaties van inhoudelijke idealen als het liberalisme of de democratie. Ik zal voornamelijk gebruik maken van niet erg discutabele en haast tijdloze inzichten uit de argumentatieleer en de retorica.

## 5 Doel en vraag

Het onderzoeken van de kwaliteit van het juridiseringsdebat heeft twee doelen. Het eerste is kennis verzamelen over de kwaliteit van het Nederlandse politieke debat. Het tweede doel is het nadenken bevorderen over de kwaliteit van politieke debatten en de manier waarop die kwaliteit kan worden vastgesteld. Nu is, om op het eerste doel in te gaan, op basis van één debat natuurlijk niets met zekerheid te zeggen over de kwaliteit van het politieke debat in Nederland, maar het is misschien wel mogelijk om verstandige schattingen te doen die door middel van verder onderzoek kunnen worden getest. Een goed begin is misschien wel het halve werk. En dat is in dit geval wellicht zo, om op het tweede doel in te gaan, omdat meer dan alleen de kwaliteit van één debat wordt

---

<sup>9</sup> In hoofdstuk 2 bespreek ik deze en andere redenen uitgebreider.

vastgesteld. Er wordt ook een model van een goed debat ontwikkeld. De verwachting is dat het reconstrueren van de kenmerken van een goed debat snel tot meer inzicht kan leiden in de kwaliteit van politieke debatten in Nederland. Het is de bedoeling dat ook anderen (journalisten, wetenschappers, politici) de aanwezigheid van de kenmerken kunnen vaststellen. Dat is ook een reden waarom ik op zoek ben naar kenmerken en niet naar beginselen of regels of idealen, omdat kenmerken eigenschappen zijn van iets waaraan dat iets (in dit geval een goed debat) kan worden herkend.<sup>10</sup> Wanneer anderen de aanwezigheid van de kenmerken kunnen vaststellen of inschatten, kan dat de kwaliteit van debatten bevorderen. Politici en andere debaters kunnen door de kritiek aangespoord worden om zich te verbeteren.

Beide doelen kunnen denk ik het beste worden nagestreefd door één politiek debat op kwaliteit te onderzoeken. Meer dan één politiek debat beoordelen is niet goed haalbaar, omdat het beschrijven en analyseren van een compleet politiek debat zeer tijdrovend is. Het was ook mogelijk geweest om minder dan één, namelijk geen, politiek debat te onderzoeken, zodat ik me volledig had kunnen richten op een theoretische studie. Het voordeel van dit onderzoek boven alleen een theoretische studie is dat de kenmerken van een goed debat geoperationaliseerd moeten worden, zodat het onmogelijk is om vaag te blijven. Een voordeel is ook dat het theoretische werk meteen wordt getoetst aan de praktijk, zodat het leren van het onderzoek sneller en gemakkelijker kan verlopen—niet onbelangrijk voor een verkennend, oriënterend onderzoek. En de vraag naar de kwaliteit van een bepaald politiek debat vergt toch theoretisch onderzoek. Ik moet heel wat voorvragen beantwoorden. Om de kwaliteit van een bepaald politiek debat te bepalen, is het immers noodzakelijk vast te stellen wat een politiek debat is (hoofdstuk 3), wat onder een *goed* politiek debat moet worden verstaan (hoofdstuk 4) en tenslotte hoe de kwaliteit van een concreet debat controleerbaar kan worden vastgesteld (hoofdstuk 5). Al met al lijkt me de gekozen vraag erg geschikt om het nog niet zo bekende onderzoeksterrein van het politieke debat te verkennen en de wetenschappelijke discussie over politieke debatten te bevorderen.

## 6 Welberadenheid en acceptatie

Ik heb aangegeven dat ik twee resultaten met dit onderzoek probeer te bereiken: ik wil een begin maken met het verzamelen van kennis over de kwaliteit van het Nederlandse politieke debat en ik wil het nadenken over de vraag wat een goed politiek debat is en hoe dat kan worden vastgesteld, bevorderen. Maar ik heb nog niet gemotiveerd waarom dit alles van belang is. Waarom is de kwaliteit van een debat interessant? Waarom is het zo belangrijk te onderzoeken of politieke

<sup>10</sup> Helaas zijn de kenmerken van een goed debat niet ogenblikkelijk waar te nemen, maar moet het debat worden geanalyseerd, geïnterpreteerd, vóór men kan vaststellen of het debat de kenmerken heeft. Dit neemt niet weg dat kenmerken iets heel anders zijn dan bijvoorbeeld beginselen of idealen. Zie over beginselen en idealen Van der Burg en Brom 1998.



debatten kwaliteit hebben? Het antwoord is: omdat het belangrijk of waardevol is dat politieke debatten een hoge kwaliteit hebben. Goede politieke debatten zijn waardevol omdat ze, zo beredeneer ik in hoofdstuk 4, tot ten minste twee waardevolle doelen leiden: *weloverwogen* oordelen en wetten die iedereen zou kunnen *accepteren*. Deze doelen zijn speciaal omdat deze doelen voortvloeien uit de vorm van een politiek debat. De vorm van een debat is dat partijen gehoord worden door een publiek. Deze vorm weerspiegelt een eeuwenoude procesrechtelijke norm: een publiek, een rechter, een oordelende instantie moet alle partijen horen. De reden van dit beginsel van hoor en wederhoor, van *audi alteram partem*, is niet alleen dat de oordelende instantie dan in staat wordt gesteld wijze, welingelichte, weloverwogen, oordelen te vellen, maar ook dat de partijen de uitkomst van het debat gemakkelijker kunnen accepteren, omdat ze hun zegje hebben kunnen doen, omdat ze de gelijke gelegenheid hebben gehad hun argumenten te presenteren. Weloverwogen oordelen en acceptabele besluiten zijn doelen die zo voortvloeien uit de vorm van een debat, uit de norm dat alle partijen gehoord moeten worden. Het antwoord op de vraag waarmee deze paragraaf begon, is dus: het is belangrijk kennis over de kwaliteit van politieke debatten te verzamelen, omdat het belangrijk is dat politieke debatten een hoge kwaliteit hebben, omdat goede politieke debatten bijdragen aan het bereiken van ten minste deze twee speciale doelen (speciaal omdat ze voortvloeien uit de vorm van een politiek debat): weloverwogen oordelen over wetsvoorstellen en wetten die geaccepteerd worden.

## 7 Oordeelsvorming

Een debat beschouw ik als een proces van oordeelsvorming. Ik definieer het als een bijeenkomst van partijen en een publiek, waarbij de partijen bepleiten dat hun oordeel beter is dan dat van de andere partij, met het doel de toehoorders (of: het publiek) daarvan te overtuigen, en waarbij het publiek zich een oordeel vormt, door de pleidooien van de partijen aan te horen of te lezen.

Oordeelsvorming kan worden onderscheiden van besluitvorming. Een debat is, strikt genomen, geen manier om een besluit te nemen. De leden van het publiek vormen zich een oordeel over iets, bijvoorbeeld over een wetsvoorstel, een voornemen of een bewering. Om een besluit te verkrijgen, moet na een debat nog iets anders worden gedaan—er moet nog een besluitvormingsproces worden gevolgd.<sup>11</sup> Een besluitvormingsproces (een voorbeeld is stemming) is een proces waarbij de verschillende oordelen over iets resulteren in een besluit over iets. De stemming na afloop van een politiek debat is een gebruikelijke manier waarop de verschillende oordelen van de leden van het publiek over bijvoorbeeld het wetsvoorstel, resulteren in een besluit van het publiek over een wetsvoorstel.

<sup>11</sup> Er zijn debatten die niet worden opgevolgd door een besluitvormingsproces. Denk aan een debat dat gevoerd wordt in een talk show op televisie, waarbij het publiek (dat bestaat uit toeschouwers (voor de buis)) zich wel een oordeel vormt over het onderwerp van debat, maar er geen besluit over neemt.

Politieke debatten definieer ik als debatten over voorstellen om algemeen verbindende voorschriften in te voeren of in te trekken. Het debat over juridisering is een politiek debat, omdat het gaat om een voorstel de Algemene wet bestuursrecht te veranderen. Een goed politiek debat beschouw ik dan als een politiek debat dat bijdraagt aan het bereiken van een weloverwogen oordeel over het wetsvoorstel dat ter discussie staat en dat bijdraagt aan een wet die door de partijen geaccepteerd wordt. Ik leg in hoofdstuk 4 uit dat een politiek debat tot zo een oordeel en zo een wet leidt wanneer de partijen deugdelijk redeneren en de leden van het publiek laten zien dat ze de redeneringen van de partijen deugdelijk afwegen en de andere overtuigingsmiddelen van de partijen herkennen. In hoofdstuk 5 operationaliseer ik deze drie kenmerken van een goed politiek debat.

## 8 De verwachte uitkomst van het onderzoek

Wat is de verwachte uitkomst van het onderzoek? Welke kwaliteit kunnen we van een politiek debat in Nederland verwachten? Van de politieke debatten die zich afspelen in de plenaire zaal van de Tweede Kamer verwachten sommigen wellicht niet zo'n hoge kwaliteit. De reden zou kunnen zijn dat er niet meer echt sprake is van een proces van oordeelsvorming.<sup>12</sup> Het lijkt er immers op dat de oordelen vaak al vastliggen vóór het plenaire debat—als van een debat in mijn definitie nog sprake is—begint.

Sommige politicologen beweren dat de fractieleiding of de fractiespecialist het standpunt van een fractie bepaalt, tijdens het fractieberaad of naar aanleiding van commissievergaderingen.<sup>13</sup> Als dat in alle gevallen waar is, betekent dit dat het plenaire debat niet meer echt een proces van oordeelsvorming is. De oordeelsvorming heeft dan plaatsgevonden in de vergaderzalen van de fracties of de kamercommissies. (Van Schendelen 1989, p. 201) En als het plenaire debat geen proces van oordeelsvorming meer is, waarom zouden de partijen dan nog deugdelijk redeneren? Waarom zouden ze zich dan nog inspannen?

Uit het zojuist gegeven politicologische feit over de werking van het parlement zouden we zo de conclusie kunnen afleiden dat de kwaliteit van het politieke debat in de plenaire zaal van de Tweede Kamer niet zo hoog is. Maar misschien gaat die conclusie niet altijd op. Misschien bereidt de fractiespecialist het standpunt van een fractie alleen voor en kan het toch nog wel worden bijgesteld als uit het debat blijkt dat sommige oordelen en argumenten moeilijk te handhaven zijn.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Dit is een politicologische verklaring die door mij (of anderen) niet is onderzocht.

<sup>13</sup> Zie bijvoorbeeld Van Schendelen 1989, p. 200 en Andeweg 1991, p. 245.

<sup>14</sup> De huidige kamervoorzitter, Frans Weisglas, bekritiseert op zijn weblog de coalitiefracties van CDA, VVD en D66 als zij enkele malen met elkaar een voorstel doen, dat in het debat 'als onwrikbaar standpunt' wordt gehandhaafd. (F. Weisglas, Weekboek van de Voorzitter, 20-10-2004) Zie voor de handelwijze van de coalitie: 'Het



De conclusie betreft in elk geval alleen de plenaire beraadslagingen in de Tweede Kamer. En politieke debatten vinden uiteraard niet alleen dáár plaats. Er wordt ook in kamercommissies vergaderd. En ook in allerlei soorten media—wetenschappelijke tijdschriften, weekbladen, kranten, televisie, internet—worden door politici en anderen oordelen over wetsvoorstellen onderbouwd. Het politieke debat begint doorgaans niet in de plenaire zaal van de Tweede Kamer. Vaker lijkt het daar juist te eindigen. En wellicht is dat de reden dat het proces van oordeelsvorming doorgaans al is afgerond als de arena van het politieke debat de vergaderzaal van de Tweede Kamer is geworden.

De les die uit deze politicologische aannames kan worden getrokken, is dat, omdat het voor de hand ligt dat de kwaliteit van een politiek debat het hoogst is wanneer de oordelen van de toehoorders nog niet helemaal zijn komen vast te liggen—in die situatie kunnen deugdelijke argumenten het publiek immers nog van oordeel doen veranderen—, het onverstandig is een onderzoek naar de kwaliteit van een politiek debat uitsluitend te richten op het plenaire debat in de Tweede (en Eerste) Kamer van de Staten-Generaal. Het is eerlijker om in een dergelijk onderzoek ook aandacht te besteden aan het politieke debat zoals dat zich in de media afspeelt en tijdens de bijeenkomsten van kamercommissies.

Het politieke debat waarvan de kwaliteit in deze studie wordt onderzocht, speelt zich hoofdzakelijk af in wetenschappelijke en populaire media en in bijeenkomsten van kamercommissies. De vrees dat het debat een lage kwaliteit heeft, omdat de oordelen van de toehoorders al vast zouden liggen, is hier dus ongegrond.

## 9 De selectie van het te onderzoeken debat

Ik onderzoek het zogeheten juridiseringsdebat. Om verschillende redenen is het aantrekkelijk de kwaliteit van uitgerekend dit debat te onderzoeken. Het debat is in de eerste plaats interessant vanwege het onderwerp. Juridisering is de naam voor een uiterst veelzijdig maatschappelijk fenomeen.<sup>15</sup> Hoe het verschijnsel wordt beoordeeld, lijkt sterk te worden bepaald door het gezichtspunt van degene die erover spreekt of schrijft. De juridisering van het openbaar bestuur kan worden beschouwd vanuit een juridisch, bestuurlijk en politiek gezichtspunt, en misschien zijn nog wel meer invalshoeken mogelijk. In het juridisch perspectief zou juridisering een staatsrechtelijk (de verhouding tussen de trias politica) en/of een bestuursrechtelijk (de verhouding tussen instrumenten en waarborgfunctie van bestuursrecht) probleem kunnen zijn. Vanuit bestuurlijk oogpunt ligt het voor de hand de nadruk te leggen op het effect van de

---

“kabinet-Berlage” grijpt de macht’ en ‘Er is chemie tussen ons fractiechefs’ in de *Volkskrant*, 16 oktober 2004.

<sup>15</sup> Ik doel hier nog niet eens op de verschillende definities van juridisering (zie Schuyt 1997, p. 926), maar op de verschillende soorten problemen die veroorzaakt kunnen worden door juridisering. Ik licht dit toe in de rest van deze alinea. Overigens is de uitspraak dat juridisering een probleem is, discutabel.

(over)productie van regels en procedures op het karakter en het tempo van het beleidsproces. Politiek gezien lijkt juridisering, zoals dat fenomeen door bestuurders wordt beschreven, een wegvloeien van macht in te houden, van bestuur naar rechter. Bovendien komt in een politiek perspectief de fundamentele vraag naar de verhouding tussen rechtsstaat en democratie naar voren.

Het veelzijdige en fundamentele karakter van processen van juridisering rechtvaardigt wellicht de selectie van dit debat, maar levert aan de andere kant misschien ook een probleem op. Wetenschappers hebben tijdens het debat opgemerkt dat bestuurders en rechters een heel andere kijk op het fenomeen hebben.<sup>16</sup> De mogelijkheid bestaat dat de partijen in het debat elkaar misverstaan: dat ze het over iets anders hebben zonder dat ze dat weten. Als deze mogelijkheid zich voordoet, zou dat het vermogen (niet de inspanning) van de partijen om met elkaar te debatteren, kunnen aantasten. In de beschrijving en analyse van het debat houd ik met deze mogelijkheid rekening. Ik schenk extra aandacht aan de gezichtspunten van waaruit de deelnemers (partijen en publiek) het verschijnsel juridisering beschrijven en beoordelen. Zijn er werkelijk verschillende gezichtspunten en wat is het effect hiervan? Dit probleem is lastig omdat het extra aandacht vergt, maar het is ook interessant omdat het de aandacht vestigt op een mogelijke oorzaak van onvoldoende vermogen bij de partijen om met elkaar te redeneren.

Het debat is om nog een reden een interessant studieobject. Het debat is een politiek debat op nationaal niveau, maar er nemen toch niet alleen burgers aan deel die een ministerspost bekleden of een zetel in het parlement hebben. Enerzijds nemen burgers aan het debat deel die op provinciaal of gemeentelijk niveau een ambt bij de overheid uitoefenen, in het bijzonder dat van burgemeester en commissaris van de Koningin, anderzijds participeren burgers in het debat die van beroep hoogleraar in de rechtsgeleerdheid zijn of rechter of beide. Dat in een politiek debat op rijksniveau ook anderen participeren dan degenen van wie we dat staatsrechtelijk in elk geval mogen verwachten (leden van de Staten-Generaal, ministers, staatssecretarissen, leden van de Raad van State), is in Nederland niet ongebruikelijk. Misschien is het zelfs eerder regel dan uitzondering dat over wetsvoorstellen in Nederland op een inclusieve wijze wordt gedebatteerd. Volgens sommigen is dat een belangrijk kenmerk van een goed functionerende staat of zelfs van een goed functionerende democratie.<sup>17</sup> In elk geval lijkt een open debat een van de manieren te zijn waarop kennis en meningen vanuit verschillende delen van de samenleving bij het politieke centrum terecht komen. Interessant aan politieke debatten die deels ook buiten

<sup>16</sup> Tops 1997, Hertogh 1998a en De Goede 2000.

<sup>17</sup> In het bijzonder: Jürgen Habermas. Zie bijvoorbeeld *Between Facts and Norms* (1996), hoofdstuk 7. Habermas' idee van 'deliberative politics' gaat uit van een procedureel begrip van democratie, waarbij de interactie tussen het politieke machtscentrum en de periferie centraal staat. Habermas gaat niet uit van centrale sturing, maar van een 'decentered society', een samenleving waarbij kennis en meningen in de samenleving door middel van onder andere het publieke debat bij het politieke centrum terechtkomen.



het Binnenhof worden gevoerd, is hoe ze moeten worden begrepen en hoe de kwaliteit ervan kan worden vastgesteld.

De keerzijde van dit voordeel is dat het op voorhand niet duidelijk is wat de rolverdeling in het debat is of zou moeten zijn. Er bestaat immers geen procesrecht of reglement van orde voor debatten die deels in kranten en tijdschriften en tijdens symposia worden gevoerd. Omdat de rollen van partij en publiek nergens zijn vastgesteld, zal ik ze zelf moeten verdelen. Die verdeling is daarmee discutabel geworden, dus ik moet er argumenten voor geven. Ik besteed er in het boek op verschillende punten aandacht aan. De verdeling van de rollen van partij en publiek is namelijk van groot belang voor het op de juiste wijze bepalen van de kwaliteit van het debat, omdat de rollen van partij en publiek verschillen. Ook dit nadeel van het debat kan als een voordeel worden beschouwd. Het is interessant om na te gaan hoe de rolverdeling in politieke debatten die deels in tijdschriften en andere media worden gevoerd, kan worden vastgesteld.

De derde en laatste reden is dat we een debat van hoge kwaliteit mogen verwachten. In de eerste plaats omdat de oordelen van de Tweede Kamerfracties over juridisering en de Algemene wet bestuursrecht nog niet vast lijken te liggen op het moment dat de bestuurders en de rechtsgeleerden voor en tegen wetswijzigingen pleiten en het kabinet met een standpunt komt. In de tweede plaats participeren in het debat burgemeesters, rechters, hoogleraren, parlementsleden en ministers. De verwachting is gerechtvaardigd dat personen die dergelijke ambten bekleden, deugdelijk kunnen argumenteren (het eerste kenmerk van een goed politiek debat). Dat deze verwachting gerechtvaardigd is, is niet onbelangrijk. Want wanneer we er vanuit mogen gaan dat burgemeesters, rechters, hoogleraren en politici kunnen debatteren en weten hoe zij zich behoren te gedragen in een debat, is het niet onredelijk hun bijdragen kritisch te beoordelen. Ik volg dan de regel die bij het geven van kritiek lijkt te horen: dat een oordeel afgestemd moet worden op het prestatieniveau dat de criticus redelijkerwijs mag verwachten.

## 10 De hoofdvraag, de deelvragen en de opbouw van het onderzoek

De hoofdvraag in dit proefschrift luidt:

Heeft het debat over juridisering de kenmerken van een goed politiek debat?

In hoofdstuk 2 licht ik toe vanuit welk gezichtspunt de vraag wordt gesteld. Ik beschrijf kort de aanpak van Rawls en de deliberatief democraten en contrasteer dat met mijn aanpak, die vertrekt vanuit het beginsel *audi alteram partem*.

De hoofdvraag valt uiteen in enkele deelvragen:

Wat is een debat? (hoofdstuk 3)

Wat is een politiek debat? (hoofdstuk 3)

Wat is een goed politiek debat? (hoofdstuk 4)

Welke kenmerken heeft een goed politiek debat? (hoofdstukken 4 en 5)  
Heeft het debat over juridisering de kenmerken van een goed politiek debat?  
(hoofdstukken 6 tot en met 9)

De kenmerken van een goed politiek debat worden in hoofdstuk 4 afgeleid van de twee doelen die inherent zijn aan een debat: het doel een verstandig of weloverwogen oordeel te vellen en het doel een besluit te nemen dat de partijen kunnen accepteren. In hoofdstuk 5 worden de kenmerken geoperationaliseerd. Ik ben in paragraaf 7 al even vooruitgelopen op de kenmerken van een goed debat. Een debat is goed wanneer de partijen deugdelijk redeneren en wanneer het publiek laat zien dat het de redeneringen van de partijen deugdelijk afweegt en de andere overtuigingsmiddelen die de partijen gebruiken, herkent. In hoofdstuk 5 definieer ik een deugdelijke redenering als een redenering die geldig is en waarbij de argumenten aannemelijk zijn. Ik baseer me wat dit betreft op breed gedragen uitgangspunten van de argumentatieleer. De overtuigingsmiddelen die naast argumenten bestaan, worden door retorici wel geordend onder de categorieën *ethos* en *pathos*. In hoofdstuk 5 behandel ik beide categorieën.

In de hoofdstukken waarin ik het debat beschrijf, reconstrueer ik ook de perspectieven van de deelnemers op het verschijnsel juridisering. Dit is nodig omdat het mogelijk is dat de partijen in het debat elkaar misverstaan. Ik reconstrueer de perspectieven door te achterhalen welke metaforen van juridisering de deelnemers gebruiken. In hoofdstuk 5 leg ik uit wat metaforen zijn en welke informatie ze kunnen verschaffen over het gezichtspunt of perspectief van een deelnemer aan een debat. Ook leg ik de begrippen gezichtspunt en perspectief uit.



## Een formeel perspectief

Een politiek debat is een zo veelzijdig fenomeen, dat het vanuit verschillende wetenschappelijke disciplines kan worden bestudeerd: de geschiedkunde bijvoorbeeld, of de taalkunde, de antropologie, de logica, de retorica, de argumentatietheorie, de politieke filosofie, de politicologie, en zo zijn er nog wel meer mogelijke studierichtingen. De vraag in dit onderzoek—heeft het juridiseringsdebat de kenmerken van een goed politiek debat?—is filosofisch. Dat heb ik in de inleiding uitgelegd.

Door te onthullen dat de discipline van waaruit de vraag wordt gesteld de filosofie is, is nog niet duidelijk geworden wat het gezichtspunt is van waaruit in deze studie het politieke debat wordt begrepen en beoordeeld. Er zijn binnen de politieke filosofie namelijk verschillende stromingen of standpunten ten aanzien van het politieke debat te onderscheiden. *Het* filosofische perspectief bestaat niet. Het is nodig aan te geven welk filosofisch gezichtspunt het begin vormt van dit onderzoek naar de kwaliteit van het politieke debat en waarom. Als het gezichtspunt bepaald is, worden verschillende andere keuzes in het onderzoek meteen duidelijker, in het bijzonder de keuze van de literatuur aan de hand waarvan de kenmerken van een goed debat worden geïdentificeerd en geoperationaliseerd. In dit hoofdstuk licht ik het gezichtspunt van deze studie toe door het te contrasteren met andere, meer gebruikelijke gezichtspunten.

### 1 Twee inhoudelijke visies op een goed politiek debat

Ik heb in de inleiding kort geschetst hoe mijn benadering van het politieke debat verschilt van die van liberale filosofen als John Rawls en de zogenoemde deliberatieve democraten.<sup>1</sup> Ik heb beweerd dat deze filosofen vanuit het liberalisme respectievelijk het ideaal van de democratie het politieke debat, of beter gezegd: argumenten en stellingen in het politieke debat, beoordelen. In dit hoofdstuk verdedig ik deze claim en contrasteer ik de werkwijze van deze denkers met de aanpak die in dit proefschrift wordt gehanteerd. Ik neem als voorbeeld van de eerste visie het werk van John Rawls en als voorbeeld van de tweede visie geschriften van enerzijds Joshua Cohen en anderzijds Amy Gutmann en Dennis Thompson.

---

<sup>1</sup> Ik behandel deze twee stromingen omdat ze, althans in het Engelstalige deel van de academische wereld, tegenwoordig de meest verdedigde lijken te zijn.

## 1.1 Rawls' 'public reason'

De meest in het oog springende eis die Rawls aan het politieke debat stelt, is de eis dat de deelnemers eraan gebruik maken van 'public reason'—van publieke argumenten zouden we kunnen zeggen. Ik behandel hier twee vragen met betrekking tot publieke argumenten. Wat zijn publieke argumenten (a) en wanneer moeten burgers en politici in politieke debatten zich beperken tot publieke argumenten (b)?<sup>2</sup>

(a) Publieke argumenten zijn argumenten die ontleend zijn aan politieke opvattingen van rechtvaardigheid. '[T]he content of public reason is given by a family of political conceptions of justice [...].' (Rawls 1999, p. 141) Zodadelijk leg ik uit wat Rawls bedoelt met politieke opvattingen van rechtvaardigheid. Eerst iets over de inhoud van deze opvattingen. Kenmerkend voor deze familie van rechtvaardigheidsbegrippen is dat ze liberaal is of sociaal-liberaal. Rawls noemt namelijk de volgende drie kenmerken:

Three main features characterize these conceptions: First, a list of certain basic rights, liberties, and opportunities (such as those familiar from constitutional regimes); second, an assignment of special priority to those rights, liberties, and opportunities, especially with regard to claims of the general good and perfectionist values; and third, measures ensuring for all citizens adequate all-purpose means to make effective use of their freedoms. (Rawls 1999, p. 141)

Uit de eerste twee kenmerken volgt dat de rechtvaardigheidsopvattingen liberaal zijn, terwijl uit het derde volgt dat de opvattingen sociaal-liberaal kunnen worden genoemd.<sup>3</sup> Klassiek-liberale opvattingen van rechtvaardigheid of libertaristische opvattingen van rechtvaardigheid (bijvoorbeeld die van Robert Nozick in *Anarchy, State and Utopia*) behoren volgens Rawls dus niet tot deze familie van rechtvaardigheidsopvattingen en dus niet tot de bron waaruit publieke argumenten mogen worden geput.<sup>4</sup> Ze hebben namelijk niet het derde kenmerk. Omdat onder de rechten en vrijheden ook politieke rechten en vrijheden vallen, behoren aristocratische en andere niet-democratische opvattingen van rechtvaardigheid niet tot de rechtvaardigheidsopvattingen

<sup>2</sup> Ik maak in het onderstaande voornamelijk gebruik van Rawls' essay 'The Idea of Public Reason Revisited' omdat hierin Rawls enkele standpunten ten aanzien van public reason uit *Political Liberalism* uitwerkt of nuanceert.

<sup>3</sup> Rawls zelf noemt de opvattingen overigens niet 'sociaal'-liberaal, maar liberaal. Hij spreekt pas van liberale opvattingen wanneer ook het derde kenmerk in een rechtvaardigheidsopvatting aanwezig is. Zie ook de volgende voetnoot.

<sup>4</sup> Volgens Rawls is een opvatting van rechtvaardigheid pas liberaal wanneer het derde kenmerk aanwezig is. 'By themselves, without the third [feature], they are an impoverished form of liberalism—indeed not liberalism at all but libertarianism. The latter does not combine liberty and equality in the way liberalism does [...].' Rawls 1999, p. 49. We moeten hieruit afleiden dat de drie kenmerken geen familiegelekenissen zijn die rechtvaardigheidsbegrippen kunnen hebben. Het zijn criteria. Voldoet een rechtvaardigheidsbegrip niet aan de criteria, dan is het niet liberaal en derhalve niet onderdeel van 'public reason'.



waaruit publieke argumenten kunnen worden geput.<sup>5</sup> Rawls voegt derhalve ten overvloede toe dat de rechtvaardigheidsbegrippen substantieel of inhoudelijk zijn: 'I assume [...] that these liberalisms contain substantive principles of justice, and hence cover more than procedural justice. They are required to specify the religious liberties and freedoms of artistic expression of equal citizens, as well as substantive ideas of fairness involving fair opportunity and ensuring adequate all-purpose means, and much else.' (Rawls 1999, p. 141)

De vraag rest nu nog wat Rawls bedoelt met *politieke* opvattingen van rechtvaardigheid. Een opvatting van rechtvaardigheid noemt hij politiek wanneer zij betrekking heeft op de politieke instituties van een samenleving, wanneer zij los staat van een bepaalde religie, moraal of levensbeschouwing en wanneer ze een interpretatie is van waarden en normen die deel uitmaken van de politieke cultuur van een staat. (Rawls 1999, p. 143) Het is volgens Rawls nodig dat de opvattingen politiek zijn, omdat burgers verschillende religies, moralen en levensbeschouwingen ('comprehensive doctrines') aanhangen. Legitieme wetten zijn volgens Rawls wetten die berusten op argumenten die alle burgers kunnen aanvaarden, dus op argumenten die niet refereren aan datgene dat de burgers verdeelt: moraal, religie, levensbeschouwing. Rawls beweert dat de *politieke* opvattingen van sociaal-liberale rechtvaardigheid (iets anders dan de morele opvattingen van sociaal-liberale rechtvaardigheid) deel uitmaken van de gedeelde politieke cultuur van een land en in voldoende mate los staan van 'comprehensive doctrines' (waaronder morele opvattingen van sociaal-liberale rechtvaardigheid). Politici moeten in wetgevingsdebatten daarom hun argumenten putten uit de politieke opvattingen van sociaal-liberale rechtvaardigheid. Alleen als zij dat doen, berust de aanname van een wetsvoorstel op argumenten die alle burgers zouden moeten aanvaarden.

[W]hen all appropriate government officials act from and follow public reason, [...] the legal enactment expressing the opinion of the majority is legitimate law. It may not be the thought the most reasonable, or the most appropriate, by each, but it is politically (morally) binding on him or her as a citizen and is to be accepted as such. (Rawls 1999, p. 137)

(b) Het is nodig preciezer te bepalen *wanneer* burgers en politici publieke argumenten dienen te gebruiken. Geldt dat voor alle politieke debatten? Rawls' antwoord luidt duidelijk ontkennend. Alleen in oordeelsvormingsprocessen (politieke, bestuurlijke en rechterlijke) en verkiezingsdebatten dienen deelnemers publieke argumenten te gebruiken. Daarbuiten (in de wetenschap bijvoorbeeld) is publieke argumentatie niet geboden.<sup>6</sup> Wanneer burgers stemmen, zouden ze idealiter ook op publieke argumenten moeten beslissen. (Rawls 1999, pp. 135-136) Er zijn bovendien twee uitzonderingen op de norm dat in politieke fora publieke argumenten moeten worden gebruikt. De eerste is

<sup>5</sup> '[M]any political conceptions [of justice, AJW] are nonliberal, including those of aristocracy and corporate oligarchy, and of autocracy and dictatorship.' (Rawls 1999, p. 144)

<sup>6</sup> Zie Rawls 1993, p. 14 en Rawls 1999, pp. 133-134.

dat niet-publieke (of private) argumenten mogen worden gebruikt wanneer die argumenten na enig verloop van tijd worden vervangen door publieke argumenten. (Rawls 1999, p. 152) De tweede is dat burgers hun morele of religieuze visies aan elkaar kenbaar mogen maken wanneer ze aan elkaar duidelijk maken hoe de politieke opvatting van liberale rechtvaardigheid niet in strijd komt met die visies. (Rawls 1999, pp. 155-156)

Ik vat samen. Publieke argumenten zijn argumenten ontleend aan liberale (of sociaal-liberale) opvattingen van rechtvaardigheid. De opvattingen zijn dus inhoudelijk. Tegelijkertijd staan ze los van morele, religieuze of levensbeschouwelijke tradities. Ze betreffen de politiek en maken onderdeel uit van de politieke cultuur van een land. Rawls noemt ze daarom politieke opvattingen van rechtvaardigheid. Volgens Rawls kunnen alle burgers argumenten ontleend aan politieke opvattingen van liberale rechtvaardigheid aanvaarden, juist omdat deze opvattingen door alle redelijke burgers gedeeld worden, omdat ze behoren tot de gemeenschappelijke politieke cultuur van een land. Daarom moeten politici publieke argumenten gebruiken in politieke debatten: omdat dan legitieme besluiten worden genomen, dat wil volgens Rawls zeggen: besluiten die allen kunnen en behoren te aanvaarden. In andere dan politieke of bestuurlijke of juridische fora zijn private argumenten toegestaan. In politieke fora zijn private argumenten alleen toegestaan wanneer ze spoedig door publieke argumenten worden vervangen. Een partij in een politiek debat mag ook zijn morele of religieuze positie of die van een ander aan de orde stellen, wanneer het onderwerp de relatie tussen de morele of religieuze doctrines en de politieke opvatting van liberale rechtvaardigheid is.

### *1.2 Deliberatief-democratische eisen aan een politiek debat*

Rawls' visie op het politieke debat wordt bepaald door het ideaal van een liberale (en democratische) rechtsstaat. Er zijn ook filosofen die een visie op het goede debat lijken te ontwikkelen op basis van vooral het ideaal van democratie. Joshua Cohen bijvoorbeeld neemt naar eigen zeggen in het artikel 'Deliberation and Democratic Legitimacy' het politieke ideaal van democratie als startpunt van zijn theorie. (Cohen 1989, p. 17) Het ideaal van democratie is volgens hem dat burgers op voet van gelijkheid met elkaar spreken over de regels op grond waarvan zij met elkaar samenleven. Omdat spreken of delibereren een belangrijk onderdeel van zijn democratieopvatting is, noemt Cohen zijn democratie-ideaal: deliberatieve democratie. 'The notion of a deliberative democracy is rooted in the intuitive ideal of a democratic association in which the justification of the terms and conditions of association proceeds through public argument and reasoning among equal citizens.' (Cohen 1989, p. 21) Welke eisen stelt dit democratiebegrip volgens Cohen aan het politieke debat?

In de eerste plaats de eis dat burgers zelf mogen bepalen wat zij in de discussie naar voren brengen. Uiteraard is het wel nodig de discussie te structureren: er is een agenda nodig en één of enkele voorstellen waarover gediscussieerd kan worden. (Cohen 1989, p. 22)



De tweede eis die vanuit het ideaal van de democratie aan het debat kan worden gesteld, is dat de deelnemers elkaar niet mogen dwingen in te stemmen met hun voorstellen. Iedere deelnemer mag alleen argumenteren. '[N]o force except that of the better argument is exercised,' schrijft Cohen in navolging van de Duitse filosoof Jürgen Habermas. (Cohen 1989, p. 22) Alleen als zakelijke argumenten worden gebruikt is verzekerd dat de instemming van de anderen met het voorstel vrijwillig gebeurt. We kunnen hieruit afleiden dat retoriek niet geoorloofd is. Door met behulp van retorische technieken bepaalde emoties bij de andere deelnemers op te roepen, is de vrijwillige instemming door die anderen immers niet meer vanzelfsprekend. Misschien heeft de redenaar zijn luisteraars wel tot instemming verleid! Gary Remer, die de overeenkomsten en verschillen tussen de klassieke retorica en de deliberatieve democratie heeft onderzocht, beweert dat argumenteren ook bij andere "deliberative democrats" de enige legitieme wijze van overtuigen is. 'Nonrational persuasion [...] becomes equated with coercion.' (Remer 1999, p. 51)

De derde eis is dat de deelnemers aan de deliberatie een gelijke positie hebben. Cohen benadrukt dat dit niet alleen betekent dat de deelnemers gelijke participatierechten hebben, maar ook dat ze gelijke participatiemogelijkheden hebben. Dit laatste impliceert een zekere mate van gelijkheid tussen participanten wat betreft inkomen. 'The participants are substantively equal in that the existing distribution of power and resources does not shape their chances to contribute to deliberation [...]' (Cohen 1989, p. 23) Dit betekent dat een gelijke verdeling van vrijheidsrechten en sociale zekerheidsrechten niet ter discussie staat in de deliberatie. 'The participants in the deliberative procedure do not regard themselves as bound by the existing system of rights, *except in so far as that system establishes the framework of free deliberation among equals.*' (Cohen 1989, p. 23; mijn cursivering) Ik kom op dit punt hieronder nog terug.

De vierde eis is dat de deelnemers trachten consensus te bereiken. Ze zullen daar volgens Cohen niet altijd in slagen, ook niet als ze voortdurend *proberen* consensus te bereiken. Als consensus onhaalbaar is, is een stemming nodig, waarbij het standpunt van de meerderheid het besluit wordt. Dit besluit is legitiem, omdat de meerderheid getracht heeft consensus te bereiken, dat wil zeggen: ze hebben argumenten aangevoerd waarvan zij menen dat allen die kunnen accepteren. (Cohen 1989, p. 23)

De eisen die volgens Cohen op basis van de democratie, of althans de deliberatieve democratie, aan het politieke debat kunnen worden gesteld, zijn voor een deel procedureel en voor een deel substantieel. Met name uit de derde eis komt naar voren dat bepaalde onderwerpen niet ter discussie mogen staan, om de eenvoudige reden dat ze volgens het ideaal van de deliberatieve democratie de deliberatieve democratie mogelijk maken en in stand houden. Zou men deze rechten en vrijheden inperken, dan zou men de deliberatieve democratie om zeep helpen. Een probleem dat hier opdoemt, is dat de onderwerpen die om deze reden niet ter discussie mogen staan, niet scherp af te bakenen zijn. Van heel wat beleid kan beweerd worden dat het betrekking heeft op de voorwaarden voor een goede werking van de (deliberatieve) democratie:

onderwijsbeleid, sociale zekerheidsbeleid, mediabeleid. Cohen is zich van dit probleem terdege bewust.

Of course, the richer the requirements are for institutionalizing free public deliberation, the larger the range of issues that may need to be removed from the political agenda; that is, the larger the range of issues that form the background framework of public deliberation rather than its subject matter. And, the larger that range, the less there is to deliberate about. (Cohen 1989, p. 32)

Maar ook de vierde eis kan gevolgen hebben voor de inhoud van debatbijdragen. Omdat er op de participanten de plicht rust naar overeenstemming tussen alle burgers te streven, lijkt het voor hen niet mogelijk te zijn hun levensbeschouwelijke, religieuze of morele standpunten naar voren te brengen. Van die standpunten kunnen zij immers niet verwachten dat ze door anderen gedeeld worden. Dit element wordt in Cohens artikel niet specifiek uitgewerkt.

Dit kenmerk van een goed debat wordt wel uitgebreid behandeld in *Democracy and Disagreement* (1996) van Amy Gutmann en Dennis Thompson. Ook deze denkers noemen hun theorie 'deliberatieve democratie' en ook deze denkers stellen aan partijen in een debat de eis dat argumenten worden gebruikt die de anderen kunnen aanvaarden. Gutmann en Thompson noemen dit de eis van wederkerigheid of 'reciprocity'. Het beginsel van wederkerigheid houdt in dat gezagsdragers en burgers in politieke debatten maatregelen onderbouwen met argumenten die aanvaard kunnen worden door hen die de gevolgen van de maatregel zullen merken. (Gutmann en Thompson 1996, p. 52) Wat betekent dit beginsel in de praktijk?

Een voorbeeld maakt veel duidelijk. Gutmann en Thompson behandelen de discussie tussen een school in de Amerikaanse staat Tennessee en enkele orthodox-christelijke ouders over het lesmateriaal.<sup>7</sup> De school wil een bepaald boek gebruiken om haar leerlingen voor te bereiden op het burgerschap. De ouders verzoeken de school het boek niet te gebruiken bij het onderwijs aan hun kinderen, omdat het boek met hun geloof in strijd is. Het boek behandelt namelijk andere manieren van leven zonder erbij te vermelden dat de manier van leven die door het geloof van de ouders wordt voorgeschreven, de enig ware is. Het lesboek leert de leerlingen bovendien onafhankelijk oordelen en keuzes maken ten aanzien van kwesties waar de bijbel volgens de ouders het juiste antwoord geeft. (Gutmann en Thompson 1996, p. 63) De argumenten van de ouders halen de norm van wederkerigheid niet, volgens Gutmann en Thompson (1996, p. 65), omdat ze hun kinderen het onderwijs willen onthouden dat noodzakelijk is voor hun ontwikkeling tot democratische burgers. De argumenten van de school halen de norm wel, omdat de school het onderscheid maakt tussen private en publieke waarden. 'Schools may not teach particular

<sup>7</sup> Dit is geen voorbeeld van een politiek debat in mijn definitie van die term. Ik refereer hier toch aan dit voorbeeld, omdat het het helderst aantoont dat volgens de theorie van de deliberatieve democratie sommige standpunten en argumenten niet toegestaan zijn.



values, such as the doctrines of Catholicism, but they should teach public values, such as human dignity, which are essential to democratic citizenship.' (Gutmann en Thompson 1996, p. 68) Het voorbeeld laat zien dat de eis van wederkerigheid tot inhoudelijke kritiek op sommige argumenten (en daarmee standpunten) kan leiden. Dit betekent trouwens niet dat de eis volgens Gutmann en Thompson alle maatschappelijke of politieke discussies kan beslissen. Het abortusvraagstuk bijvoorbeeld is volgens de auteurs een kwestie waarbij beide partijen aan de eis van wederkerigheid voldoen. (Gutmann en Thompson 1996, p. 73 en verder)

Naast het beginsel van wederkerigheid onderscheiden Gutmann en Thompson nog andere beginselen die tezamen de 'constitutie' van de deliberatieve democratie vormen. (Gutmann en Thompson 1996, p. 199) Openbaarheid is het tweede beginsel. Het houdt in dat deliberatie in het algemeen in de openbaarheid moet plaats vinden.<sup>8</sup> Verantwoording is het derde beginsel. Het houdt in dat politici zich ten opzichte van hun achterban en de andere kiezers moeten verantwoorden voor hun standpunten. Gutmann en Thompson beweren niet dat politici de opvattingen van hun kiezers blindelings moeten volgen. In tegendeel: als de opvattingen van de burgers in strijd komen met vrijheid en gelijkheid, moet de politicus ze juist niet volgen. (Gutmann en Thompson 1996, pp. 139-140) In het algemeen geldt dat de politicus ook met de kiezers moet delibereren.

De beginselen vier en vijf worden door Gutmann en Thompson benoemd als inhoudelijke beginselen. 'The constitution of deliberative democracy consists of these *conditions* of deliberation [reciprocity, accountability and publicity, AJW], taken together with the principles of liberty and opportunity, which inform the *content* of deliberation [...].' (Gutmann en Thompson 1996, p. 201) In een deliberatieve democratie moeten de partijen volgens Gutmann en Thompson een minimaal begrip van vrijheid ('basic liberty') accepteren. Iedere persoon heeft volgens dit begrip recht op lichamelijke en geestelijke integriteit. 'The liberty at stake here is what we call basic. It protects the physical and mental integrity of persons, and is a precondition for the exercise of other liberties, as well as for the use of opportunities.' (Gutmann en Thompson 1996, p. 203) Het beginsel van gelijke kans ('equal opportunity') houdt in dat alle burgers gelijke basismogelijkheden door de overheid worden geboden<sup>9</sup> en dat alle andere goederen eerlijk worden verdeeld.

De vijf beginselen vormen tezamen de constitutie van deliberatieve democratie. Door deze beginselen constitutioneel te noemen, geven Gutmann en Thompson aan dat ze zelf niet ter discussie kunnen staan. 'Constitutional principles refer to standards that public officials and citizens must not violate in the making of public policy in order that those policies can be provisionally

<sup>8</sup> Gutmann en Thompson behandelen een serie uitzonderingen op de algemene regel. Het voert hier te ver om die uitzonderingen te behandelen. Zie hoofdstuk 3 van *Democracy and disagreement*.

<sup>9</sup> Zie Gutmann en Thompson 1996, p. 217. Op deze pagina worden basismogelijkheden ook gedefinieerd. 'Basic opportunities are those goods and services that are necessary for living a good life and making use of other opportunities, such as the opportunity to compete for skilled jobs.'

justified to the citizens who are bound by them.’ (Gutmann en Thompson 1996, p. 199) Zoals we in het voorbeeld van het betwiste schoolboek hebben gezien, kunnen ook procedurele beginselen tot eisen aan de inhoud van argumenten leiden. Dat dit voor de inhoudelijke beginselen vrijheid en gelijkheid ook geldt, behoeft geen uitleg. De inhoudelijke beginselen zijn volgens Gutmann en Thompson in elk geval niet ondergeschikt aan de procedurele beginselen. ‘Citizens value basic liberty and opportunity, and their mutual recognition by fellow citizens, for reasons other than the role of these values in democratic deliberation. As we shall suggest, even in deliberative democracy, deliberation does not have priority over liberty and opportunity.’ (Gutmann en Thompson 1996, p. 17)

### 1.3 Conclusie

De conclusie is dat in zowel liberale als democratische voorstellingen van een goed debat het vertrekpunt de liberale, democratische rechtsstaat is en dat vanuit dit gezichtspunt de nadruk voor een groot deel wordt gelegd op de inhoud van de bijdragen aan of de uitkomst van het debat. Op verschillende manieren wordt de nadruk op de inhoud gelegd. In de eerste plaats door de norm dat de deelnemers aan het debat moeten streven naar consensus, dat ze redenen moeten geven die de andere deelnemers kunnen accepteren. Deze norm wordt door Rawls gesteld en ook door Cohen en Gutmann en Thompson. Rawls en Gutmann en Thompson vullen ook meteen in welke argumenten kunnen rekenen op ieders steun: argumenten die ontleend zijn aan (sociaal-)liberale opvattingen van rechtvaardigheid (Rawls) of argumenten die niet in strijd zijn met basisvrijheid en -gelijkheid (Gutmann en Thompson). De procedurele norm dat de participanten in het debat op zoek moeten gaan naar consensus blijkt zo te veranderen in een inhoudelijke norm dat argumenten en stellingen niet in strijd mogen zijn met een bepaalde opvatting van de liberale democratie. In Cohens artikel wordt min of meer hetzelfde eindpunt op een andere manier bereikt. Cohen beweert dat de voorwaarden voor de deliberatieve democratie zelf niet mogen worden aangetast, zodat die voorwaarden buiten de politieke agenda moeten worden gehouden.

Welke procedurele of formele eisen worden door de behandelde auteurs verder aan het politieke debat gesteld? De deelnemers aan een debat zijn *vrij* om argumenten, standpunten en onderwerpen aan te voeren (binnen de zojuist gestelde inhoudelijke grenzen). De deelnemers zijn *gelijk* in procedureel en sociaal opzicht. Ze spreken in het *openbaar* en gebruiken uitsluitend *zakelijke argumenten* om elkaar te overtuigen (ze bedreigen elkaar niet en gebruiken geen retoriek).<sup>10</sup>

<sup>10</sup>

De eis van verantwoording laat ik hier buiten beschouwing omdat die ook bij Gutmann en Thompson niet zozeer betrekking heeft op het politieke debat zelf, maar op de vraag of een politicus mag afwijken van het standpunt van zijn kiezers.



## 2 Redenen voor een formeel perspectief op politiek debat

Het gezichtspunt van waaruit ik in dit proefschrift het politieke debat beschouw, is niet dat van het politiek liberalisme (zoals bijvoorbeeld Rawls dat begrijpt) of dat van de deliberatieve democratie (zoals bijvoorbeeld Cohen of Gutmann en Thompson die definiëren). Ik ben in dit proefschrift niet op zoek naar de eisen die vanuit een inhoudelijk politiek gedachtengoed aan een politiek debat kunnen worden gesteld, maar in de eisen die vanuit de vorm of de functie van het politieke debat aan een politiek debat kunnen worden gesteld. De vraag is niet wat een goed *liberaal* politiek debat is of wat een goed *democratisch* politiek debat is maar welke formele of procedurele kenmerken een goed politiek debat heeft. Ik licht in de volgende paragraaf toe wat ik hieronder versta.

Ik wil in deze paragraaf alvast de redenen voor die keuze introduceren. De eerste reden is dat er bij mijn weten nog geen (toegepast) onderzoek is verricht naar de formele kenmerken van een goed politiek debat,<sup>11</sup> terwijl het—en dat is de tweede reden—wel interessant is die kenmerken te kennen. Waarom is het interessant die kenmerken te kennen? In de eerste plaats omdat je uit pure nieuwsgierigheid graag te weten wilt komen welke oordelen je over een debat kan vellen zonder op de inhoud van de argumenten in te gaan. Kan dat? Of niet? Kun je uit de vorm of functie van een debat normen afleiden waarmee de prestaties van de deelnemers aan debatten kunnen worden beoordeeld? Dit weten we nog niet. In de tweede plaats is het interessant om de formele kenmerken van een goed politiek debat te kennen, omdat die kenmerken een zeer groot bereik lijken te hebben. Als de kenmerken voortvloeien uit de vorm van een politiek debat, dan hebben de kenmerken mogelijk een groot bereik.<sup>12</sup> De inhoudelijke eisen die op basis van het liberalisme of de democratie aan politieke debatten worden gesteld, hebben een beperkter bereik. In de derde plaats is het interessant de formele kenmerken van een politiek debat te kennen, omdat deze kenmerken minder gauw betwist zullen worden, omdat ze los staan van discutabele, inhoudelijke posities. Het onderzoeken van de aanwezigheid van deze kenmerken zal daarom ook niet zo gauw weerstand bij één van de partijen oproepen. Sommige politiek-filosofen beweren dat het stellen van inhoudelijke eisen aan politieke debatten negatieve gevolgen kan hebben voor partijen die niet liberaal of democratisch zijn (op de manier die de filosoof

<sup>11</sup> Er is onlangs wel een toegepast onderzoek gepubliceerd waarbij Jürgen Habermas' theorie van deliberatieve democratie, die enigszins verschilt van die van Gutmann en Thompson, als uitgangspunt gebruikt wordt. De vier auteurs, Steiner, Bächtiger, Spöndli en Steenbergen (2004), vertalen Habermas' theorie in een zogenoemde 'Discourse Quality Index'. (p. 53) Van elke toespraak in een debat wordt de score op de index vastgesteld. (p. 55) Ik beschouw Habermas' theorie niet als uitsluitend *formeel*. Het deugdelijk verdedigen van dit standpunt zou echter te ver voeren. Ik verwijs naar de genuanceerde kritiek op de neutraliteit van Habermas' theorie van Van den Brink 2000, hoofdstukken 5 en 6.

<sup>12</sup> 'Mogelijk', omdat het ervan afhangt of in andere dan liberaal-democratische staten ook politieke debatten worden gehouden (denk aan de koning of alleenheerser die zich door verschillende adviseurs laat voorlichten) met deze vorm of dat een heel andere wijze van oordeelsvorming gangbaar is.

voorschrijft). Laat ik de laatste twee redenen voor de stelling dat het interessant is de formele kenmerken te kennen, kort toelichten.<sup>13</sup> Toelichting behoeven de opmerkingen (a) dat de inhoudelijke eisen een beperkt bereik hebben en (b) dat het stellen van inhoudelijke eisen aan politieke debatten nadelige gevolgen kan hebben voor sommige partijen.

(Bij a) Inhoudelijke beoordelingen van een politiek debat hebben een beperkt bereik. Het bereik wordt bepaald door de steun die er is voor het inhoudelijke gedachtegoed waarvan de kenmerken worden afgeleid. Inhoudelijke eisen zijn daarom hoogstens toepasbaar binnen enigszins homogene politieke gemeenschappen, waarbij de burgers dezelfde inhoudelijke beginselen aanvaarden. Politieke debatten tussen heel verschillende staten of politieke debatten in staten waarbij de bevolking politiek fundamenteel verdeeld is, kunnen niet goed met de eisen worden beoordeeld die alleen één van de partijen aan die debatten zal accepteren. Jeremy Waldron gaat verder en zegt over bijvoorbeeld Rawls' eis van publieke argumentatie dat deze eis op *geen* politieke samenleving toepasbaar is. Overal, zelfs in Rawls' moederland de Verenigde Staten, bestaat volgens Waldron geen overeenstemming over inhoudelijke politieke beginselen. Volgens Waldron is de afstand tussen Rawls' theorie en de politieke werkelijkheid te groot. (Waldron 1999a, pp. 157-159).

(Bij b) Het stellen van inhoudelijke eisen, zoals liberale of democratische, kan politieke groeperingen van de politiek uitsluiten of ze althans een minder gelijke positie in het politieke debat geven. Het gaat om groepen die niet liberaal of democratisch zijn in de definitie van die termen die de desbetreffende filosoof heeft gegeven. Met de term uitsluiting wordt niet bedoeld aan te geven dat deze groepen niet toegelaten worden tot de officiële discussiefora, maar dat ze niet als volwaardige gesprekspartners worden beschouwd en behandeld. Ze worden niet voor vol aangezien omdat ze 'onredelijk' zijn of niet voldoen aan 'de eis van wederkerigheid' of geen 'publieke argumenten' gebruiken. De meerderheid meent daarom dat ze niet inhoudelijk op hun redeneringen hoeven in te gaan. De 'redelijke' meerderheid beperkt zich tot de mededeling dat de minderheid 'onredelijk' is.<sup>14</sup>

Charles Taylor heeft uitgelegd dat deze vorm van uitsluiting altijd op de loer ligt bij politiek overleg. Politieke besluitvorming kan immers pas goed of vlot verlopen wanneer politici elkaar inhoudelijk niet tezeer ontlopen, wanneer hun standpunten niet te ver uit elkaar liggen. De kans is aanwezig dat juist politici waarmee het moeilijk of haast onmogelijk is om overeenstemming te bereiken, in politieke debatten minder serieus worden genomen door de andere

<sup>13</sup> Ik geef dus twee nevenschikkende argumenten voor mijn keuze alleen formele kenmerken te achterhalen: we kennen de formele kenmerken nog niet, terwijl het wel interessant is ze te kennen. Dit tweede argument onderbouw ik zelf weer (meervoudig) met drie argumenten. Zie voor nevenschikkende en meervoudige argumentatiestructuren: hoofdstuk 5.

<sup>14</sup> Vergelijk Charles Taylors oordeel over deze uitsluiting: '[T]his [...] approach provides no opportunity for people on each side to look into the substance of the other's case. Worse, by having the losers' demand declared unconstitutional, their program is delegitimated [...]: Not only can we not give you what you want, but you are primitive [...] to want it.' (Taylor 1998, p. 155)



politici. Naar deze groep wordt niet of minder goed geluisterd, zodat ze zich op een bepaalde manier uitgesloten voelen van de deliberatie. 'If [...] a subgroup of the "nation" considers that the others are not listening to it or are unable to understand its point of view, it will immediately consider itself excluded from joint deliberation.' (Taylor 1998, p. 144) Het gevolg is dat de wetten die de meerderheid aanneemt zonder met de minderheid echt te debatteren, door de minderheid niet als legitiem zullen worden beschouwd.<sup>15</sup>

Deze kritiek zou kunnen worden ontkracht door te stellen dat inhoudelijke eisen aan het politieke debat eenvoudig nodig zijn voor het behoud van de liberale en democratische rechtsstaat. Het liberalisme en de spelregels van het democratische debat mogen nooit ter discussie staan. Waarom zou een staat zich niet op deze wijze tegen haar ideologische vijanden mogen verdedigen? Maar anderen kunnen hier weer tegenin brengen dat de liberaal-democratische rechtsstaat verschillend geïnterpreteerd kan worden en dat het te rigide is om slechts één van die (families van) interpretaties 'redelijk' te noemen. Politiek is in dit gezichtspunt juist een spel waarbij de regels ervan telkens weer ter discussie kunnen worden gesteld.<sup>16</sup> Bovendien zijn er politieke stromingen die minder of niet liberaal-democratisch zijn. Is het niet beter om in gesprek te blijven met alternatieven voor, of alternatieve interpretaties van, de liberale democratie in plaats van ze in het politieke debat als 'onredelijk' te bestempelen, zodat deze stromingen eventueel ondergronds gaan? Het is in het bestek van dit proefschrift niet mogelijk om deze fundamentele filosofische discussie over het politieke debat te behandelen, laat staan haar op overtuigende wijze te beslechten. Dat is denk ik ook niet nodig. Het is voldoende om hier op te merken dat het stellen van inhoudelijke eisen aan het politieke debat op goede gronden aan te vallen valt. Het stellen van procedurele eisen, zoals ik dat doe in dit proefschrift, is veel minder discutabel.

### 3 Formele eisen afgeleid uit inhoudelijke gezichtspunten

De vraag komt wellicht op in hoeverre de procedurele eisen die we bij Cohen en Gutmann en Thompson tegenkwamen al meteen de gezochte kenmerken zijn. Het antwoord is dat we dat op dit moment niet kunnen weten. De auteurs hebben in elk geval niet aangetoond dat deze procedurele eisen voortvloeien uit de vorm of de functie van het politieke debat. Ze hebben alleen laten zien dat ze voortvloeien uit het inhoudelijke politieke gedachtengoed waarmee de desbetreffende auteur begint. De politiek filosoof begint met een bepaalde interpretatie van een inhoudelijk ideaal (democratie of liberalisme) en laat *daaruit* inhoudelijke en procedurele beginselen volgen. Ik ben hier op zoek naar kenmerken die los staan van inhoudelijke politieke beginselen als democratie of liberalisme. Of de bij Cohen en Gutmann en Thompson aangetroffen

<sup>15</sup> Zie voor vergelijkbare oordelen en analyses: Bentley en Owen 2001, pp. 231-233 en Tully 1999, pp. 170-171.

<sup>16</sup> Zie Tully 1999, p. 170.

procedurele eisen al meteen de gezochte procedurele kenmerken van een goed politiek debat zijn, moet dus worden onderzocht. Ik doe dat door uit de vorm van een politiek debat kenmerken af te leiden en te kijken of die afgeleide kenmerken overeenstemmen met de door Cohen en Gutmann en Thompson gevonden kenmerken.

Als we voorbijgaan aan de bron van de procedurele eisen van Cohen en Gutmann en Thompson, en letten op de eisen zelf, dan is de inschatting dat ze deels eenvoudig te vervullen *voorwaarden* voor een goed politiek debat zijn en deels onmogelijk te vervullen *kenmerken* van een goed politiek debat. Ten aanzien van het eerste: Ik ben in dit proefschrift op zoek naar kenmerken van goede politieke debatten. De eisen dat de partijen vrij zijn en gelijk en in het openbaar met elkaar spreken, zijn voorwaarden. Als de voorwaarden zijn vervuld, is daarmee nog helemaal niet gezegd dat het onder die voorwaarden gevoerde politieke debat ook daadwerkelijk *goed* kan worden genoemd. Ten aanzien van het tweede: Het kenmerk van een goed deliberatief-democratisch politiek debat, dat de partijen geen retoriek gebruiken, leidt ertoe dat geen enkel politiek debat goed kan worden genoemd, want politici gebruiken voortdurend retoriek. Het juridiseringsdebat is van die stelling een illustratie.

#### 4 Het vertrekpunt: *audi alteram partem*

Ik ben op zoek naar de *formele* kenmerken van een goed politiek debat, omdat we over die kenmerken nog niets weten, terwijl dat wel interessant is omdat die kenmerken mogelijk een groot toepassingsbereik hebben. Maar wat is de vorm van een politiek debat?

Filosofen zouden kunnen twisten over de juiste vorm van een politiek debat. Daarom zoek ik mijn vertrekpunt niet in de politieke filosofie, maar in het recht. Politiek filosofen trachten immers altijd iets te bewijzen wat betwist is, terwijl in het recht misschien beginselen of uitgangspunten zijn neergelegd, die de neerslag vormen van zeer wijdverbreide *gewoontes*.

Maar is er in het recht, en wel het formele recht, een norm te vinden die betrekking heeft op de vorm van een debat, op de interactie tussen de deelnemers aan een debat, en die tegelijkertijd wijdverbreid is, in verschillende culturen en tijden kan worden aangetroffen? Ja, ik meen dat een dergelijke norm te vinden is. Ik meen dat dat de norm is dat de oordelende instantie, of dat nu een vergadering van burgers is of een koning of een rechter, beide kanten in een zaak hoort. Het is de norm dat een beoordelaar hoor en wederhoor moet plegen. Onder juristen is de norm wel onder haar Latijnse naam bekend: *audi (et) alteram partem* (hoor ook de andere kant, de wederpartij).

Het beginsel *audi alteram partem* wordt niet betwist en wordt in verschillende staten en tijden toegepast. Wat het eerste betreft: ik ken geen filosofische of andere discussie waarbij één van de partijen de norm in twijfel trekt. Zijn er auteurs die het beginsel van hoor en wederhoor hebben bekritiseerd? Volgens mij niet. Wat het tweede betreft: het beginsel is al heel oud. Tenminste sinds de Griekse Oudheid wordt dit principe van procedurele



rechtvaardigheid in Europa gehanteerd. John M. Kelly heeft het beginsel in allerlei bronnen in de Griekse en Romeinse tijd teruggevonden—en ook in de Middeleeuwen en in de tijd daarna.<sup>17</sup> Stuart Hampshire beweert dat het beginsel ‘in most cultures, places and times’ geaccepteerd werd (Hampshire 1999, p. 18), maar hij noemt geen voorbeelden van culturen, plaatsen en tijden waar het beginsel niet geldt. Hampshire beweert wel dat het beginsel niet uit een specifieke staatsvorm volgt, en dat zegt al veel. Hoe een staat ook georganiseerd wordt, zegt Hampshire, het beginsel dat oordelende instanties, ook al is dat een koning, zich over beide zijden van een vraagstuk laten adviseren, lijkt te worden gehanteerd. ‘[I]n any society, there needs to be a council or cabinet, even if it is only a council of advisers to the monarch who discuss the various policy options among which a choice has to be made.’ (Hampshire 1999, p. 21)

Hieruit blijkt ook al dat Hampshire meent dat de norm niet alleen geldt voor rechters. Het is een norm met een zeer wijd bereik: ‘This is justice and fairness in procedures—whether in duels, sports, games, law courts, parliaments, in all kinds of arguments and in adversary processes in which one side wins and another side loses [...]’ (Hampshire 1999, p. 35) Maar in de politiek wordt de norm volgens Hampshire minder gemakkelijk nageleefd:

The requirement that both sides in the conflict should be equally heard needs to be stressed [in politics, AJW] because it is not obviously guaranteed, as it is in a court of law. Conflicts that are resolved in parliaments and governmental bodies of all kinds normally involve political and ideological enemies arguing against each other, and not professional advocates who at the same time acknowledge a common allegiance to the law of the land. (Hampshire 1999, pp. 90-91)

Het moge overigens duidelijk zijn dat de gelding van de norm niet impliceert dat ook door elke politicus of rechter volgens de norm wordt gehandeld, of, andersom, dat het niet-naleven betekent dat de norm niet geldt.

Laat ik concluderen dat het beginsel van hoor en wederhoor in verschillende culturen en tijden werd toegepast. Het is daarmee een aantrekkelijk moreel vertrekpunt van mijn onderzoek naar de formele kenmerken van een goed politiek debat. Het beginsel is niet inhoudelijk maar procedureel, het is niet een onderdeel van een betwist gedachtengoed, maar van eeuwenoude gebruiken of gewoonten, vastgelegd in verschillende rechtsstelsels. Het is ook duidelijk dat het beginsel slechts een vertrekpunt kan zijn. Met het beginsel zelf beschikken we nog niet over enigszins eenvoudig vast te stellen kenmerken van een goed debat. Want waaruit blijkt dat een publieksinstantie beide kanten in een zaak heeft gehoord? En ook de redenen om beide partijen te horen zijn niet behandeld. Waarom is *audi alteram partem* überhaupt een norm

<sup>17</sup>

Kelly laat ook zien dat volgens sommige denkers het beginsel een Goddelijke oorsprong heeft. Reeds in Genesis treffen we volgens deze denkers een treffend voorbeeld aan. In de Hof van Eden stelt God ten aanzien van het eten van de boom van goed en kwaad eerst Adam een vraag, daarna richt hij een vraag tot Eva. (Kelly 1964, p. 110) Ook de lijfspreuk van de Duitse keizer Lothar (overleden in 1137) is het vermelden waard: ‘Mit Urteil sprechen gar nicht eile, bis du gehört hast beide Teile.’ (Kelly 1964, p. 107)

voor oordelende instanties? Deze en andere vragen worden in de volgende hoofdstukken beantwoord.

## 5 De reis die voor ons ligt

In dit hoofdstuk heb ik het vertrekpunt van dit proefschriftonderzoek verhelderd. Dat is nodig omdat de lezer dan een indruk kan krijgen van de reis die ik met hem of haar ga maken. Ik richt me op formele kenmerken van goede politieke debatten, kenmerken die mogelijk een groot bereik hebben, niet op de kenmerken die kunnen worden afgeleid uit één of ander discutabel inhoudelijk politiek gedachtengoed. Dit betekent onder andere dat ik weinig tot geen gebruik kan maken van hedendaagse filosofische of politicologische literatuur, omdat in die literatuur bijna zonder uitzondering<sup>18</sup> vanuit het gezichtspunt van de democratische rechtsstaat naar het politieke debat wordt gekeken. De theorieën van Rawls en Gutmann en Thompson (paragraaf 2 van dit hoofdstuk) zijn hier voorbeelden van. Een bijkomende reden waarom de hedendaagse politieke filosofie niet zo bruikbaar is, is dat ze zich niet met complete politieke debatten heeft beziggehouden. Ze mist een begrippenapparaat waarmee de zetten van partijen en publiek in een politiek debat kunnen worden beschreven. Ik zal in de hoofdstukken hierna daarom hoofdzakelijk gebruik maken van de *retorica* en de *argumentatieleer*—disciplines die ò los staan van inhoudelijke politieke standpunten, ò begrippenkaders vormen die direct toepasbaar zijn op het politieke taalgebruik. Bovendien zijn de inzichten uit beide disciplines over argumenten en andere overtuigingsmiddelen ongeveer even oud als de eerste bronnen van de norm *audi alteram partem*. Dat is geen toeval: de praktijk van het debat bloeide op in de Griekse stadstaten. In de kritiek op die praktijk werd veelvuldig de norm van hoor en wederhoor aangehaald. (Kelly 1964) Tegelijkertijd voorzagen rondtrekkende wijzen of sofisten in de behoefte van jonge burgers aan onderwijs in het spreken in volksvergaderingen en rechtszalen. (Witteveen 1988, hoofdstuk II)

<sup>18</sup>

Het werk van Stuart Hampshire is een uitzondering. Hampshire is zelf democraat en socialist, maar beperkt zich als filosoof tot hetgeen door allen in de politiek gedeeld wordt: procedurele rechtvaardigheid (*audi alteram partem*). Zie ook noot 45 op pagina 369 van Gutmann en Thompson 1996: 'Stuart Hampshire, who in his later writings is a thoroughgoing proceduralist, may disagree [that procedures should be constrained by some substantive values, AJW], but he also may not think that democracy is necessary to justice. He argues for the need for procedural justice, but he never claims that the procedures must be democratic to be just.'



## Een politiek debat

Het gezichtspunt van waaruit ik het politieke debat beschouw, is nu verhelderd. Ik ben op zoek naar die kenmerken van een goed politiek debat die afgeleid kunnen worden van de *vorm* van een politiek debat, van de *norm* dat het publiek, de rechter, de beoordelende instantie alle partijen moet horen voor een oordeel wordt geveld. Vóór ik op de kenmerken kan ingaan, moet eerst duidelijk worden wat een politiek debat is.

De vraag in dit boek—heeft het juridiseringsdebat de kenmerken van een goed politiek debat?—veronderstelt eigenlijk al dat het juridiseringsdebat een debat is, en wel een politiek debat.<sup>1</sup> Maar die veronderstelling is, nu ze is geëxpliciteerd, discutabel geworden. Is het juridiseringsdebat wel een debat en zo ja, is het een politiek debat? Ik geef in dit hoofdstuk een definitie<sup>2</sup> van een politiek debat, waarna ik inschat of het juridiseringsdebat aan deze definitie voldoet.<sup>3</sup> In het volgende hoofdstuk is de definitie het startpunt bij het beantwoorden van de vraag wat een *goed* politiek debat is.

### 1 Een proces van oordeelsvorming

In het vorige hoofdstuk is de vorm van een debat al geïntroduceerd: twee of meer partijen die pleiten voor een publiek, rechter, beoordelende instantie. Aan die vorm zit meteen een norm vast: het publiek *behoort* naar beide (of, als er meer partijen zijn, alle) partijen te luisteren. Maar waarom? Wat is het nut, de bedoeling, de zin van een debat, van het horen van partijen door het publiek? Het publiek moet een *oordeel* vellen over iets en hoort daarom de partijen, die het oordeel van hun voorkeur bepleiten. Een debat beschouw ik dus als een proces van oordeelsvorming. Een politiek debat resulteert in een oordeel over

<sup>1</sup> Voor het gemak zal ik al wel spreken van een juridiseringsdebat, ook al stel ik pas in hoofdstuk 10 vast of het hier werkelijk een debat betreft.

<sup>2</sup> De definitie(s) die ik in dit hoofdstuk maak, *preciseren* de betekenis van termen als debat, oordeel etcetera. De betekenis die we in het dagelijks taalgebruik aan deze begrippen hechten, is vaag in de zin dat niet duidelijk is wanneer iets nog wel en niet meer een debat of een oordeel kan worden genoemd. Ik definieer geen nieuwe termen en ik definieer ook termen niet op een nieuwe manier (ik sluit aan bij betekenissen uit het woordenboek, maar wijk daar vanaf door één definitie te kiezen), dus mijn definities kunnen niet goed stipulatief worden genoemd. Zie voor het onderscheid tussen preciserende en stipulatieve definities (en nog drie andere typen): Copi 1972, paragraaf 4.3. Preciserende definities zijn nuttig (volgens de maker althans).

<sup>3</sup> Het gaat hier om een inschatting, omdat een goed onderbouwd oordeel pas mogelijk is nadat het debat is geanalyseerd.

een wetsvoorstel, een juridisch debat—een rechtszaak—in een oordeel over de rechtmatigheid van bepaalde feiten. Ik licht dit alles in dit hoofdstuk toe.

De opvatting van een debat als een proces van oordeelsvorming kan al worden afgeleid uit Aristoteles' indeling in politieke, juridische en ceremoniële retorica. Zowel bij politieke als bij juridische toespraken is het gehoor of publiek van de sprekers een persoon of een groep personen die op basis van die toespraken een oordeel velt:

Welsprekendheid bestaat in drie soorten, want toespraken hebben drie soorten toehoorders. Een toespraak veronderstelt namelijk drie factoren: spreker, onderwerp en toegesprokene. Het doel van een toespraak staat in betrekking tot deze laatste, de toehoorder. Deze is noodzakelijkerwijs ofwel waarnemer zonder meer, of hij moet een oordeel vellen, zij het over dingen die al zijn gebeurd dan wel over wat nog komen gaat. Iemand die oordeelt over wat zal gebeuren is bijvoorbeeld een lid van de volksvergadering, iemand die oordeelt over wat gebeurd is is het lid van een rechtbank. De waarnemer zonder meer beoordeelt het retorisch vermogen. Hieruit vloeit noodzakelijk voort dat er drie soorten toespraak zijn: de politieke, die voor de rechtbank en de gelegenheidstoespraak. (Aristoteles 2004, p. 34)

Politieke en juridische retorica heeft volgens Aristoteles betrekking op het maken en houden van een toespraak voor toehoorders die een oordeel vellen over 'wat nog komen gaat' respectievelijk over 'dingen die al zijn gebeurd', terwijl bij ceremoniële toespraken het publiek alleen een oordeel velt over de welsprekendheid van de redenaar. Een debat kunnen we aan de hand van Aristoteles' indeling in toespraken voorlopig opvatten als een proces van oordeelsvorming waarbij het publiek een oordeel velt nadat partijen toespraken hebben gehouden.

In de hedendaagse literatuur over argumentatie en debat wordt een debat soms ook opgevat als een besluitvormingsproces.<sup>4</sup> De begrippen 'oordeel' en 'besluit' worden meestal niet erg scherp onderscheiden. In de Amerikaanse literatuur over het universitaire debat bijvoorbeeld—literatuur die studenten lezen in het kader van de cursus 'critical thinking'—, wordt debat wel beschreven als 'a way of arriving at a reasoned judgement', een manier om een beredeneerd oordeel te bereiken. (Freeley en Steinberg 2000, p. 4) Maar net zo gemakkelijk wordt debat, door deze auteurs, op dezelfde pagina nog, begrepen als een besluitvormingsproces:

A free society is structured in such a way that many of its decisions are arrived at through debate. For example, law courts and legislative bodies are designed to utilize debate as their means of reaching decisions. In fact, any organization that conducts its business according to parliamentary procedures has selected debate as its method. Debate pervades our society at decision-making levels. (Freeley en Steinberg 2000, p. 4)<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Zie bijvoorbeeld Branham 1991, p. 2.

<sup>5</sup> Bart Garssen noemt Freeley's *Argumentation and debate* een 'famous and widely used textbook' en 'representative of the practical literature on debate'. (Garssen 2001, p. 86)



Ik wil hier een scherp onderscheid maken tussen een oordeel en een besluit. Een oordeel is onder andere een mening of een 'gevoelen ten aanzien van een kwestie', terwijl een besluit 'dat [is] wat men vaststelt om uit te voeren.' (Van Dale 1999) Nu is het niet ongebruikelijk om pas een besluit te nemen nadat men een oordeel over iets heeft geveld, maar dat hoeft niet: men kan ook zomaar een besluit nemen, zonder zich te beraden. Ook is het niet zo dat elk oordeel tot een besluit leidt. Het verschil tussen een besluitvormingsproces en een oordeelsvormingsproces is dat bij het eerste de deelnemers hun oordelen al hebben gevormd, terwijl het de bedoeling bij het tweede is dat dat nog gebeurt.

Een debat noem ik nu een proces van oordeelsvorming en niet van besluitvorming. De debatten die bijvoorbeeld bij *B&W*, *Het Lagerhuis* of *Buitenhof* worden gehouden, monden nooit uit in een besluit over de betwiste kwesties, terwijl de televisiekijkers zich haast onvermijdelijk een oordeel, een mening of althans een gevoel ten aanzien van de kwestie vormen. Zo gauw we het onderscheid tussen oordeel en besluit maken, wordt duidelijk dat ook de debatten in de Tweede Kamer niet resulteren in een besluit.<sup>6</sup> Om een besluit te verkrijgen, moet er na het debat nog iets anders gebeuren: er moet worden gestemd.<sup>7</sup> Stemming of verkiezing is wél een besluitvormingsproces. De leden van het publiek delen hun oordelen over het wetsvoorstel mee, door handopsteking of door 'voor' of 'tegen' te roepen.<sup>8</sup> Het meerderheidsoordeel over het wetsvoorstel wordt het *besluit* van de Kamer dat wetsvoorstel wel of niet in te voeren. In beide kamers van de Staten-Generaal is in bepaalde gevallen overigens ook het lot een legitiem besluitvormingsproces.<sup>9</sup>

Wellicht menen sommigen dat een debat meer is dan een proces van oordeelsvorming, meer is dan alleen een middel om een doel, en wel, een oordeel, te bereiken. Sommigen lijken een politiek debat ook zelf te beschouwen als een doel. Hannah Arendt bijvoorbeeld lijkt de politieke arena te beschouwen als een plaats waar mensen zich door hun woorden en daden onderscheiden.<sup>10</sup> Hoewel dit zou kunnen worden uitgewerkt tot een omschrijving van een goed debat, men ik dat een dergelijke omschrijving niet gemakkelijk algemeen aanvaard zal worden. Arendts politieke filosofie berust uiteindelijk op een opvatting van de menselijke natuur die niet onbetwist is. Voor degenen die menen dat een debat meer is dan alleen een proces van oordeelsvorming, kan dit

<sup>6</sup> Dit blijkt ook al uit art. 69 van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer, het eerste artikel onder het kopje 'Nemen van een besluit; stemming': 'Lid 1: Nadat de beraadslaging is gesloten, gaat de Kamer zo nodig over tot het nemen van een besluit.' De beraadslaging is het debat, het nemen van een besluit verloopt door stemming.

<sup>7</sup> De voorzitter kan ook een besluit nemen zonder stemming: art. 69 lid 4 Reglement van Orde van de Tweede Kamer.

<sup>8</sup> Art. 69 lid 3 respectievelijk art. 70 lid 4 Reglement van Orde van de Tweede Kamer.

<sup>9</sup> Zie bijvoorbeeld art. 117 Reglement van Orde van de Eerste Kamer en art. 83 lid 1 Reglement van Orde van de Tweede Kamer.

<sup>10</sup> Arendt 1958, p. 176: 'Speech and action reveal this unique distinctness. Through them, men distinguish themselves instead of being merely distinct; they are the modes in which human beings appear to each other, not indeed as physical objects, but *qua* men.' Misschien is in deze opvatting debat ook een middel tot een doel, namelijk het doel jezelf uit te drukken.

onderzoek overigens toch van waarde zijn. Zij zullen immers niet ontkennen dat een debat ten minste een proces van oordeelsvorming is.

## 2 Debat en andere processen van oordeelsvorming

Wat is er nu kenmerkend voor dit proces van oordeelsvorming? Om dat te bepalen, moeten we achterhalen welke andere processen van oordeelsvorming er bestaan. Vervolgens kunnen we de verschillen tussen debat en de andere processen van oordeelsvorming vaststellen. Het kenmerkende van debat komt dan overeen met die verschillen.

Hierboven heb ik al duidelijk gemaakt dat een stemming of een verkiezing een besluitvormingsproces is en dat hetzelfde geldt voor het lot. Het zijn processen waarbij de partijen reeds een oordeel hebben gevormd en waarbij het er op aan komt op basis van die oordelen een besluit te nemen. Wanneer we besluitvormingsprocessen zo beschouwen, dan is ook onderhandeling een besluitvormingsproces en geen oordeelsvormingsproces. Bij een onderhandeling hebben koper en verkoper al bepaalde oordelen of meningen over de prijs die zij nog voor het goed willen betalen (koper) respectievelijk ten minste voor het goed willen ontvangen (verkoper).<sup>11</sup> Er ontstaat een besluit tot koop wanneer de oordelen van koper en verkoper elkaar overlappen. Is dat niet zo, dan besluiten de partijen niet tot de koop/verkoop over te gaan. Ook bij bemiddeling hebben de partijen al bepaalde oordelen. De derde in dit proces hoeft geen oordeel te vormen, maar moet proberen de partijen te bewegen hun oordelen nader tot elkaar te brengen, zodat uiteindelijk overeenstemming kan worden bereikt.

Stemming of het lot of onderhandeling zijn geen oordeelsvormingsprocessen en dus geen alternatieven voor debat. Dit blijkt denk ik ook uit de positie die de verschillende processen innemen in lange, complexe processen als wetgeving, rechtspraak en bestuur. Processen van oordeelsvorming worden steeds gevolgd door processen van besluitvorming. In rechtspraak bijvoorbeeld vormen de rechters zich eerst een oordeel over de zaak aan de hand van de pleidooien van de partijen, daarna nemen zij als college door middel van stemming of onderhandeling een besluit. Wetgeving kent een vergelijkbaar procesverloop: na een voorbereidingsfase waarin het wetsvoorstel wordt opgesteld, volgt de fase van oordeelsvorming of debat, die gevolgd wordt door het stadium van besluitvorming. In het wetgevingsproces is het debat (het *politieke* debat) een fase of stadium in het proces van wetgeving en wel de fase van de oordeelsvorming.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Bij *prijs* hoeven we niet per se te denken aan een geldbedrag en bij *goed* niet per se aan iets stoffelijks.

<sup>12</sup> Bestuurskundigen die aan de Universiteit Twente zijn opgeleid, zullen geneigd zijn te denken aan het beleidsproces, de *levensloop* van een beleid. In het beleidsproces komen onder andere de fasen 'beleidsvoorbereiding' (waarin een beleid wordt geformuleerd), 'beleidsbepaling' (waarin een besluit wordt genomen over een beleid) en 'beleidsuitvoering' voor. (Hoogerwerf 1989, p. 24) Bestuurskundigen die dit model hanteren, zullen het proces van oordeelsvorming (het debat) lokaliseren in de fase van



Zijn er nu naast debat nog andere manieren om tot een oordeel te komen? Hoe komen we zoal tot onze oordelen? In rechtspraak en wetgeving gebruiken we daar zoals gezegd debat voor, en dat is ook het geval in bijvoorbeeld sommige *talk shows*. Voor- en tegenstanders beredeneren in praatprogramma's als *Buitenhof* dat het oordeel dat zij verkondigen beter is dan dat van hun tegenstander.

Het eerste alternatief voor een debat is: nadenken. We vormen dan een oordeel zonder met anderen bijeen te komen en naar partijen te luisteren. We zetten in ons hoofd de voors en tegens tegen elkaar af. Volgens de Britse filosoof Stuart Hampshire lijkt dit wel wat op een debat. Debat is volgens hem het model van zelfstandig oordelen, van kritisch denken:

We learn to transfer, by a kind of mimicry, the adversarial pattern of public and interpersonal life onto a silent stage called the mind. The dialogues are internalized, but they still do not lose the marks of their origin in interpersonal argument. Viewed in this way, the mind is the unseen and imagined forum into which we learn to project the visible and audible social processes that we first encounter in childhood [...]. (Hampshire 1999, p. 24)

Volgens Hampshire is er geen *procedureel* verschil tussen debat en kritisch denken. 'In private deliberation, the adversary principle of hearing both sides is imposed by the individual on himself as the principle of rationality.' (Hampshire 1999, p. 22) Net als het publiek in een debat hoort een weloverwogen individu dus beide kanten van het verhaal vóór het een oordeel vormt. Hampshire beperkt zich hier, en elders in zijn boeken, overigens niet heel precies tot debat zoals ik dat hier opvat. Hij spreekt in bovenstaande citaten bijvoorbeeld van 'dialogue' en van 'deliberation', wat eerder als gesprek dan als debat moet worden vertaald.

Dialogen, gesprekken, conversaties en deliberaties beschouw ik als het tweede alternatief voor een debat.<sup>13</sup> Wat zijn de verschillen tussen gesprekken en debatten? Het eerste verschil tussen een debat en een gesprek betreft de deelnemers. De deelnemers aan een debat spelen òf de rol van partij, òf die van toehoorder.<sup>14</sup> Bij een gesprek zijn er geen verschillende rollen.<sup>15</sup> Bij een debat nemen de partijen al een standpunt in, terwijl het publiek zich nog een oordeel moet vormen. Bij een gesprek nemen de deelnemers nog niet erg vaste posities in en zijn ze doorgaans bereid hun voorlopige meningen bij te stellen.

Het tweede verschil betreft de structuur of de regulering van de communicatie. Een debat is meestal gereguleerd. Er geldt een procedure of een procesrecht. Doorgaans is er ook een voorzitter die erop toeziet dat de sprekers niet buiten het onderwerp treden. Niet alleen de spreektijden, ook het onderwerp van het debat ligt vast. In politieke debatten is het onderwerp bijvoorbeeld een

---

beleidsbepaling, die niet alleen uit de besluitvorming bestaat, maar ook uit een 'afweging van alternatieven' (Arentsen en Lulofs 1989, p. 131).

<sup>13</sup> Ik beschouw de termen als synoniemen.

<sup>14</sup> Het opmerkelijke aan politieke debatten is dat volksvertegenwoordigers beide rollen spelen.

<sup>15</sup> Zie hierover uitgebreider: Remer 2000, pp. 72 en 75.



bepaald (onderdeel van een) wetsontwerp. Gesprekken daarentegen zijn juist spontaan, de deelnemers bereiden zich niet voor en het onderwerp ligt niet vast.<sup>16</sup>

Het derde verschil is dat debatten zich kenmerken door strijd tussen de partijen, terwijl de deelnemers aan een gesprek eerder een coöperatieve houding aannemen. De partijen in een debat beweren dat hun oordeel beter is dan dat van hun tegenstander en in goede debatten geven ze daar ook argumenten voor. Hierdoor kan het publiek goed de waarde van de verschillende meningen peilen en zo zelf een mening of oordeel vormen. In een gesprek is het nogal ongepast om je gesprekspartner—van een tegenstander spreekt men hier niet!—aan te vallen.<sup>17</sup>

Om nader te bepalen wat een debat is, is het ook interessant de *overeenkomst* tussen debat, gesprek en wat Hampshire noemt 'private deliberation' vast te stellen. Als we deze processen van oordeelsvorming tegenover de processen van besluitvorming stellen, valt op dat bij oordeelsvorming de deelnemers argumenten en andere overtuigingsmiddelen aanvoeren, terwijl bij besluitvorming de deelnemers dat niet doen, of althans niet in die mate. Bij het sluiten van een contract loven en bieden de partijen immers voornamelijk, ze bedingen een prijs voor een goed, al zullen ze daarbij vaak ook wel wat redeneren. In verkiezingen brengen de deelnemers een stem uit.<sup>18</sup> En bij het werpen van het lot gooien ze een dobbelsteen, trekken ze lootjes of doen ze iets vergelijkbaars.<sup>19</sup> Kenmerkend voor processen van oordeelsvorming, of dat nu een debat is of een gesprek, is dat overtuigingsmiddelen worden aangewend.<sup>20</sup>

### 3 Een definitie van debat

Ik heb een debat een proces van oordeelsvorming genoemd. Ik heb het daarmee onderscheiden van verkiezing, onderhandeling, bemiddeling en het lot—van

<sup>16</sup> Remer 2000, pp. 71 en 75.

<sup>17</sup> Remer 2000, pp. 74 en 77. Remer noemt ook nog het verschil dat debatten over concrete vragen gaan en gesprekken over tijdloze en abstracte.

<sup>18</sup> Meestal nadat ze geluisterd hebben naar het verkiezingsdebat, een oordeelsvormingsproces.

<sup>19</sup> De Amerikaanse rechtsfilosoof Lon Fuller vindt participatie het punt waarop wat hij noemt besluitvormingsprocessen van elkaar verschillen. 'Adjudication, contract, and elections are three ways of reaching decisions, of settling disputes, of defining men's relations to one another. Now I submit that the characteristic feature of each of these forms of social ordering lies in the manner in which the affected party participates in the decision reached.' (Fuller 1981, p. 91)

<sup>20</sup> Zie ook Fuller 1981, p. 93. Fuller ziet rechtspraak, in mijn visie een complex proces dat grotendeels uit een oordeelsvormingsproces bestaat (en wel: debat), als 'a process of decision in which the affected party's participation consists of an opportunity to present *proofs and reasoned arguments* [...]' (Mijn cursivering.) Volgens Remer 2000, pp. 72, 73 en 76 is het kenmerkend voor een gesprek dat alleen argumenten worden uitgewisseld, terwijl een debat zich ook kenmerkt door het gebruik van andere, meer *retorische* overtuigingsmiddelen. Over argumenten en andere overtuigingsmiddelen schrijf ik uitgebreid in hoofdstukken 4 en 5.

besluitvormingsprocessen, processen die erop gericht zijn partijen met verschillende oordelen tot een besluit te brengen. Ik heb ook de plaats van het debat in complexe processen als rechtspraak en wetgeving aangegeven. Het debat is de fase van oordeelsvorming. Het wordt in rechtspraak en wetgeving voorafgegaan door een soort van voorbereidende fase en gevolgd door een fase van besluitvorming. Tenslotte heb ik debatteren onderscheiden van twee andere manieren om een oordeel te vormen: nadenken en delibereren. Kenmerkend voor deze processen van oordeelsvorming is dat er argumenten en andere overtuigingsmiddelen worden aangewend. Op basis van dit alles is het nu mogelijk een definitie van een debat op te stellen.

Een debat beschouw ik als een proces van oordeelsvorming. Het is het publiek dat zich een oordeel over een kwestie dient te vormen, de partijen nemen al standpunten in—en standpunten zijn meningen, conclusies of oordelen. Het publiek vormt zich een oordeel over de kwestie door de pleidooien van de partijen aan te horen. Partijen pleiten, dat wil zeggen, wenden overtuigingsmiddelen aan, voor de oordelen van hun voorkeur. Argumenten zijn de bekendste overtuigingsmiddelen, maar er zijn ook andere manieren om een publiek tot een oordeel over te halen.<sup>21</sup> Het publiek vormt zich een oordeel door naar de pleidooien van de partijen te luisteren, of die te lezen. Kenmerkend voor een debat is het contact tussen partijen en publiek. Maar de partijen hebben ook onderling contact. In een debat reageren de partijen op elkaar—kritisch en niet coöperatief zoals bij een gesprek. Partijen beweren dat hun oordeel beter is dan dat van de andere partij. Een debat waarbij de partijen niet op elkaars pleidooien reageren, is niet een slecht debat maar *geen* debat. We kunnen ons een debat waarbij de partijen niet op elkaar reageren, niet goed voorstellen. Daarom neem ik dit op als kenmerk van een debat en niet als kenmerk van een goed debat.

Ik stel voor een debat daarom als volgt te definiëren: Een debat is een bijeenkomst van partijen en een publiek, waarbij de partijen bepleiten dat hun oordeel over een kwestie beter is dan dat van de andere partij, met het doel het publiek daarvan te overtuigen, en waarbij het publiek zich een oordeel vormt over de kwestie, door de pleidooien van de partijen aan te horen of te lezen.

Ik noem een debat een *bijeenkomst* omdat er iets van contact moet zijn tussen partijen en publiek. Vaak zullen debatten plaatsvinden in één ruimte, op een bepaalde tijd en plaats, maar soms is dat niet het geval. In debatten op televisie bijvoorbeeld bevinden de partijen zich in een studio of op een lokatie, terwijl het grootste deel van het publiek thuis is, vóór de T.V. Maar soms moet de ruimte zelfs alleen overdrachtelijk worden begrepen: denk aan de publieke of openbare ruimte die bestaat dankzij allerlei soorten van media—kranten, tijdschriften etcetera. Het heeft wel een nadeel wanneer een debat niet een bijeenkomst is in de letterlijke zin. Bij televisiedebatten zien de partijen de reactie van het publiek bijvoorbeeld niet. De interviewer is een soort van bemiddelaar tussen partijen en publiek, maar die bemiddeling is natuurlijk altijd onvolkomen. Bij debatten in kranten en tijdschriften is er ook nog het probleem

21

Over argumenten en andere overtuigingsmiddelen schrijf ik in hoofdstuk 4 en 5.



dat niemand het debat bewaakt. Er is geen voorzitter die partijen tot de orde roept en misverstanden opheldert.

Deelnemers aan een debat kunnen op verschillende manieren *bepleiten* dat het oordeel van hun voorkeur beter is dan dat van de andere partij. De meest bekende manier of vorm is misschien wel het houden van een toespraak, een mondeling betoog. Tegenwoordig is het aandeel van schriftelijke betogen in politieke debatten groot. Die betogen zijn niet altijd gemakkelijk als zodanig te herkennen. Vaak worden ze aangeduid als artikel of rapport. We kunnen ze kwalificeren als betoog wanneer voor een mening overtuigingsmiddelen worden aangewend. Maar voor een oordeel kan ook worden gepleit in de uitwisseling van vragen en antwoorden. Het ligt voor de hand dat het publiek vragen stelt en dat partijen antwoorden geven. De vragen die de leden van het publiek stellen, zijn niet altijd te beschouwen als zakelijke verzoeken om informatie. Soms laten de leden van het publiek blijken dat ze—op z'n zachtst gezegd—nog niet overtuigd zijn door een partij.<sup>22</sup> Volgens de retoricus Quintilianus bestaat er tussen het houden van een betoog en het beantwoorden van een vraag geen groot verschil. Een antwoord is volgens hem een klein, soms geïmproviseerd, betoogje. (Quintilianus 2001, p. 333)

De meeste debatten kennen rondes. Een ronde is een gelegenheid voor partijen een betoog te overhandigen of te publiceren (als het schriftelijk is) of te houden (als het een toespraak is) of vragen te stellen en antwoorden te geven. Rondes zijn nodig om *beide* partijen in de gelegenheid te stellen te bepleiten dat hun oordeel beter is dan dat van de andere partij. Wanneer er geen rondes zijn, kan alleen de partij die als tweede het woord voert, op het pleidooi van de andere partij reageren (en dat is oneerlijk). Wanneer een debat twee rondes kent, wordt het al mogelijk voor de partijen op elkaar te reageren.

In een debat staat een *kwestie* centraal. De oordelen die de partijen bepleiten zijn oordelen over de kwestie en het publiek moet zich een oordeel vormen over de kwestie. Aristoteles legt in de *Ethica* uit dat we ons een oordeel vormen over zaken die veranderlijk zijn en waar we invloed op kunnen uitoefenen. (Aristoteles 1999, p. 185)

#### 4 Een politiek debat

Een debat definieer ik als een bijeenkomst van partijen en een publiek, waarbij de partijen bepleiten dat hun oordeel beter is dan dat van de andere partij, met het doel het publiek daarvan te overtuigen, en waarbij het publiek zich een oordeel vormt, door de pleidooien van de partijen aan te horen of te lezen. Het is nu nodig nader te bepalen wat een *politiek* debat is.

Een politiek debat onderscheidt zich van andere debatten, bijvoorbeeld van concrete juridische debatten (voor de rechter), wat betreft het type kwestie, niet wat betreft de vorm. We zagen in paragraaf 1 van dit hoofdstuk dat Aristoteles dat ook al beweerde: politici oordelen over wat nog komen gaat,

---

<sup>22</sup> Zie over vragen stellen en antwoorden geven: Guépin 1983, pp. 46-51.



terwijl de rechtbank oordeelt over wat gebeurd is. We kunnen wat preciezer benoemen wat kenmerkend is voor politieke debatten als we ze onderscheiden van *bestuurlijke* debatten. Ik meen dat het kenmerkend is voor politici, in hedendaagse staten althans, dat zij oordelen over voorstellen *regels* in te voeren of in te trekken. En het gaat dan om wat juristen noemen 'algemeen verbindende voorschriften'. Het is niet kenmerkend voor politici om te oordelen over voorstellen betreffende de uitvoering van algemeen verbindende voorschriften. Dat is de taak van van bestuurders. Politici controleren die taak uiteraard wel.

Nu is het waar dat parlementaire debatten over personen, bijvoorbeeld over het al dan niet kunnen aanblijven van een minister, door journalisten en anderen *juist* als 'politieke' debatten worden aangeduid. Waarschijnlijk omdat in dergelijke debatten het vertrouwen van de kamermeerderheid in een bewindspersoon op het spel staat. Maar dit vertrouwen speelt een rol bij de parlementaire controle op de regering (het hoogste *bestuur*), en daarom wil ik voorstellen die debatten als bestuurlijke debatten aan te duiden. Politici kunnen in mijn terminologie dus participeren in politieke en bestuurlijke debatten.

Debatten beschouw ik dan als politiek, wanneer ze de invoering of intrekking van algemeen verbindende voorschriften betreffen. Op nationaal niveau gaan politieke debatten dan over wetsvoorstellen. Een politiek debat duid ik in dit proefschrift (omdat het hier een nationaal politiek debat betreft) kortheidshalve aan als een debat over een wetsvoorstel. Ik vat het begrip 'wetsvoorstel' dan breed op: ook nog onuitgewerkte voorstellen voor wetswijzigingen begrijp ik al als wetsvoorstellen.

## 5 Het debat over juridisering in het openbaar bestuur

Is het debat over juridisering in het openbaar bestuur een politiek debat? Om die vraag te kunnen beantwoorden, is eigenlijk al veel kennis over dat debat nodig. Omdat ik dit debat tot nog toe alleen nog maar heb ingeleid, zal ik hier voorzichtig *inschatten* of het juridiseringsdebat aan de hierboven behandelde definitie van een politiek debat voldoet. In de Conclusie van het boek controleer ik of deze inschatting juist is.

### 5.1 Een bijeenkomst van partijen en publiek?

Is er sprake van een bijeenkomst van partijen en publiek? In het juridiseringsdebat staan twee partijen tegenoverelkaar: zij die voorstander zijn van aanpassingen in de Awb om op die manier het vermeende probleem van de juridisering terug te dringen en zij die tegenstander zijn van deze maatregelen. De voorstanders zijn haast allen werkzaam in het provincie- en gemeentebestuur en de tegenstanders zijn bijna allemaal rechter of hoogleraar of docent in de rechtsgeleerdheid. De 'bestuurders' richten zich tot de wetgevende macht. Dat is hun publiek. Het rapport *Bestuur in geding* wordt door de werkgroep Van Kemenade aan de minister van Binnenlandse Zaken overhandigd. De 'rechtsgeleerden' bekritisieren het voorstel van de bestuurders. Of ze hun kritiek

uitsluitend tot de wetgever richten, moet nog blijken uit de beschrijving van het debat. Het is duidelijk dat de partijen en het publiek lang niet altijd in de letterlijke betekenis van dat woord *bijeenkomen*.

### 5.2 *Oordelen over een wetsvoorstel?*

De bestuurders doen in *Bestuur in geding* een wetsvoorstel, namelijk het voorstel de Algemene wet bestuursrecht te veranderen. De rechtsgeleerden bekritiseren dit voorstel.

### 5.3 *Twee politieke debatten*

In de Inleiding heb ik aangegeven dat het kabinet een notitie over het onderwerp schrijft die gericht is aan de vaste kamercommissies van Binnenlandse Zaken en Justitie. Het kabinet kondigt erin aan dat het in de nabije toekomst enkele van de door de bestuurders voorgestelde aanpassingen in de Awb wenst door te voeren. Het kabinet lijkt daar ook redenen voor te geven. Het maakt onder andere gebruik van de schriftelijke betogen van de bestuurders en de rechtsgeleerden. Ten opzichte van deze partijen lijkt het kabinet dus de rol van publiek te spelen, terwijl ten opzichte van de vaste kamercommissies de indruk juist is dat het kabinet partij is. Uiteindelijk zal het kabinet de Tweede Kamer willen overtuigen akkoord te gaan met de handelwijze die het kabinet in de notitie uiteenzet. Het schriftelijke en het mondelinge overleg tussen de ministers van Binnenlandse Zaken en Justitie enerzijds en de kamercommissies anderzijds verlopen in de vorm van vragen (van de commissieleden) en antwoorden (van de ministers).

Voorlopig vat ik het juridiseringdebat op als twee aan elkaar gekoppelde politieke debatten: een debat tussen bestuurders enerzijds en rechtsgeleerden anderzijds vóór het kabinet en vervolgens een debat tussen het kabinet (en eventueel die leden van de kamercommissies die het kabinetsstandpunt steunen) enerzijds en eventueel die leden van de kamercommissies die het kabinetsstandpunt verwerpen anderzijds vóór de kamercommissies.

In dit hoofdstuk is de inschatting aannemelijk gemaakt dat het debat over de juridisering van het openbaar bestuur een politiek debat is. De definitie van een politiek debat die in dit hoofdstuk is beredeneerd, vormt in het volgende hoofdstuk het startpunt van de identificatie van de kenmerken van een *goed* politiek debat.

## Drie kenmerken van een goed politiek debat

### 1 De twee doelen van *audi alteram partem*

Nu het perspectief is verhelderd en debat en politiek debat zijn gedefinieerd, hebben we het punt bereikt waarop we op zoek kunnen gaan naar de kenmerken van een goed politiek debat. Mijn vertrekpunt is zoals gezegd de *vorm* van het debat, twee of meer partijen die pleiten ten overstaan van een publiek, en de bijbehorende *norm* dat het publiek beide partijen dient te horen. Eerder heb ik aangegeven dat deze norm een eeuwenoude rechtsnorm is, die geldt voor onder andere juridische processen en politieke debatten.

Hoe kunnen we van deze norm nu kenmerken van goede politieke debatten afleiden? Ik stel deze werkwijze voor: ik onderzoek eerst welke *uitkomsten* van een debat de norm *audi alteram partem* lijkt te bevorderen en redeneer vervolgens vanuit die uitkomsten terug naar het debat zelf: hoe moet een debat worden gevoerd om die uitkomsten te kunnen bereiken? Welke kenmerken heeft zo een debat?

Als we geïnteresseerd zijn in de uitkomsten die de norm *audi alteram partem* op het oog heeft, dan zijn we geïnteresseerd in de uitleg van de norm. Wat is de zin van deze norm, wat zit erachter? In hoofdstuk 2, paragraaf 4, heb ik verteld dat onderzoek van Kelly heeft uitgewezen dat de norm in veel teksten uit de Griekse en Romeinse Oudheid, in middeleeuwse literatuur en in oude Engelse *common law*-bronnen is terug te vinden. Maar Kelly heeft niet alleen de citaten verzameld, hij heeft ook achterhaald welke *redenen* werden gegeven voor de norm. De conclusie van zijn onderzoek is dat er twee redenen voor *audi alteram partem* worden aangetroffen, dat de norm op twee manieren wordt geïnterpreteerd.

On reading the many classical texts which contain a reference to this idea one is struck by the curious dichotomy of purpose behind the principle. The common law, as has been said, tends to think of *audi alteram partem* as essentially a rule of natural justice; the classical world thought of it in two ways, both as a rule of justice and as a rule of wisdom. Of course these two notions, justice and wisdom, border on each other and indeed overlap to some extent; both imply a correct decision, but the idea of wisdom seems to concentrate on the quality of mind of the person who produces the correct decision; justice suggests rather the effect of a correct decision seen from the point of view of those affected by it. It is only the latter element which underlies the modern common law understanding of *audi alteram partem*; one hears both sides of a case, because if one does not it is unfair to the party unheard. In the Greek and Roman worlds, on the other hand, not only this notion appears, but also the idea that one ought to hear both sides of a case, because otherwise one may make a mistake. (Kelly 1964, p. 103)



Welke twee uitkomsten van een debat kunnen hieruit worden afgeleid? In de eerste plaats: een wijs of *weloverwogen* oordeel. In de tweede plaats een besluit dat de partijen kunnen *aanvaarden* (omdat het eerlijk tot stand gekomen is, omdat ze zijn gehoord). Van alle processen van oordeelsvorming, en dus ook van alle debatten, kunnen we zeggen dat ze bedoeld zijn uit te monden in een weloverwogen oordeel. Debatten zijn immers oordeelsvormingsprocessen en van oordelen zeggen we dat ze weloverwogen zijn, of niet. Filosofen gebruiken ook wel het woord ‘rationeel’.<sup>1</sup> De zin van het horen van beide partijen is dat het publiek de argumenten pro en contra de verschillende oordelen leert kennen. En omdat de partijen elkaars redeneringen ook bekritisieren, ontvangt een oplettend publiek ook informatie over de waarde van die argumenten.<sup>2</sup> Wanneer het publiek na de fase van oordeelsvorming een besluit neemt, kan het er niet op rekenen dat partijen die niet of onvoldoende zijn gehoord, het besluit accepteren. Het horen van beide partijen is eerlijk en dat vergroot de acceptatie van het uiteindelijke besluit. In dit hoofdstuk leg ik uit welke kenmerken een politiek moet hebben om te resulteren in weloverwogen oordelen over wetsvoorstellen en wetten die partijen kunnen accepteren.

## 2 Een weloverwogen oordeel over een wetsvoorstel

### 2.1 Het publiek

Om te achterhalen welke kenmerken een politiek debat moet hebben om te resulteren in een weloverwogen oordeel over een wetsvoorstel, is het eerst nodig te weten wat een weloverwogen oordeel is. Het woord verbeeldt al waar het hier om gaat. ‘Overwegen’ betekent niet alleen ‘nadenken over’, maar ook—in een meer letterlijke betekenis—zwaarder zijn dan, gewichtiger zijn dan: ‘de voordelen overwegen de bezwaren’.<sup>3</sup> Ik ga er in dit onderzoek vanuit dat het publiek *redeneringen* of *argumenten* weegt. De partijen voeren doorgaans ook andere overtuigingsmiddelen aan, maar een publiek dat zich door retoriek laat beïnvloeden, velt geen weloverwogen, geen rationeel oordeel.<sup>4</sup> Een oordeel dat door emoties is ingegeven, wordt niet als weloverwogen beschouwd. Een oordeel over een wetsvoorstel noem ik dus weloverwogen wanneer het oordeel de uitkomst is van een goede weging van de argumenten van de partijen.

<sup>1</sup> Hoewel er veel discussie mogelijk is over dit begrip, lijkt het niet onjuist om te stellen dat rationaliteit betrekking heeft op goede redenen. Zie bijvoorbeeld Rescher 1988, p. 4: ‘Rationality [...] pivots on the deployment of “good” reasons: I am being rational if my doings are governed by suitably good reasons [...]’ Ik gebruik hier telkens het begrip ‘weloverwogen’, omdat dat begrip beeldender uitdrukt wat een rationele persoon of een rationeel publiek *doet*: goed overwegen. Zie paragraaf 2 van dit hoofdstuk.

<sup>2</sup> Zie ook Witteveen 1988, p. 88 en Guépin 1983, p. 153.

<sup>3</sup> Van Dale 1999, p. 2450.

<sup>4</sup> Zie voor een bespreking van kritieken op dit beeld: Elster 1999, in het bijzonder hoofdstuk iv. Uit Elsters bespreking kan men de conclusie trekken dat het in elk geval goed is te *weten* welke gevoelens een rol spelen. Vergelijk ook het derde kenmerk van een goed debat.

Een goede weging is in de eerste plaats een complete weging. Een weging is niet compleet wanneer er argumenten in de weging ontbreken die in de redeneringen van de partijen een belangrijke rol spelen.

Een goede weging is in de tweede plaats een deugdelijke weging. Een weging is te reconstrueren als een redenering met het oordeel over het wetsvoorstel als conclusie. Het oordeel van een (lid van het) publiek is bijvoorbeeld dat de argumenten pro een wetsvoorstel meer gewicht hebben dan de argumenten contra. De redenering voor dit oordeel is deugdelijk wanneer dit oordeel uit voldoende relevante en aannemelijke argumenten volgt. Ik licht de begrippen 'voldoende', 'relevant', 'deugdelijk' en 'aannemelijk' toe in het volgende hoofdstuk. Samenvattend: ik heb nu gespecificeerd wat een weloverwogen oordeel is: een oordeel is weloverwogen wanneer het oordeel de conclusie is van een *complete* en *deugdelijke* weging van de argumenten van partijen. Dit is een kenmerk van een goed debat.

## 2.2 *De partijen*

Het publiek heeft de partijen nodig om een deugdelijke en complete weging te maken. De partijen bepleiten dat hun oordeel over het wetsvoorstel beter is dan het oordeel van hun tegenstander. Bepleiten is wat ruimer dan beredeneren. Ik heb bepleiten gedefinieerd als het aanwenden van overtuigingsmiddelen, wat zou betekenen dat een partij een oordeel zou kunnen bepleiten zonder hiervoor argumenten aan te dragen. In de praktijk zal een partij al gauw argumenteren of redeneren en in elk geval is dat in een goed debat het geval. In een goed debat *beredeneren* de partijen dat hun oordeel over het wetsvoorstel beter is dan dat van de andere partij. Ik stel voor om dit beredeneren uiteen te laten vallen in onderbouwen, aanvallen en verdedigen.

Als een partij beredeneert dat het oordeel van zijn voorkeur *beter* is dan dat van de andere partij, onderbouwt een partij niet alleen het eigen oordeel, maar valt de partij het oordeel van de andere partij ook aan en verdedigt de partij het eigen oordeel ook tegen aanvallen van de andere partij.<sup>5</sup> Het is niet voldoende wanneer een partij alleen argumenten aanvoert voor zijn oordeel, want daarmee heeft een partij nog niet beredeneerd dat het eigen oordeel beter is dan dat van de andere partij. Door aanval en verdediging aan onderbouwing toe te voegen, vervult een partij wel die taak.

Een oordeel onderbouwen is er argumenten voor aanvoeren. Een oordeel aanvallen is argumenten contra dat oordeel geven<sup>6</sup> en een oordeel verdedigen is argumenten contra dat oordeel weerleggen. Een argument weerleggen is argumenteren dat het niet aannemelijk is of niet tot de conclusie (het oordeel) leidt.

---

<sup>5</sup> Voor het schrijfgemak ga ik er even vanuit dat er niet meer dan twee partijen zijn. In het juridiseringsdebat is dat toevallig ook zo, maar in veel politieke debatten zijn er meer dan twee partijen te onderscheiden.

<sup>6</sup> In het juridiseringsdebat doen de rechtsgeleerden dit door de argumenten vóór het oordeel van de tegenstander te betwisten.



Ik keer nu terug naar de vraag in deze paragraaf: welke kenmerken heeft een politiek debat dat resulteert in een weloverwogen oordeel over een wetsvoorstel? We hebben het kenmerk van een complete en deugdelijke weging van de argumenten van de partijen al gevonden. Maar hoe komt het publiek tot zo'n weging? Het heeft daar de partijen voor nodig.

Om een *complete* weging te kunnen maken heeft het publiek voldoende argumenten nodig. Het publiek krijgt voldoende argumenten wanneer de partijen hun oordeel goed onderbouwen. Een partij onderbouwt zijn oordeel goed wanneer het oordeel de conclusie is van een deugdelijke redenering. Ook dit is een kenmerk van een goed debat.

Om een *deugdelijke* weging te kunnen maken, heeft het publiek informatie nodig over de aannemelijkheid van de te wegen argumenten en de deugdelijkheid van de redeneringen. Die informatie kan het publiek verkrijgen wanneer de partijen hun oordeel goed *verdedigen* en dat van de andere partij goed *aanvallen*. In dat geval worden de argumenten immers getest. Deugdelijk beredeneerde aanvallen en verdedigingen zijn hiermee ook een kenmerk van een goed debat.

### 2.3 *Extra: het voordeel van democratie: politieke debatten met veel deelnemers*

Het publiek heeft voldoende argumenten nodig en zojuist heb ik aangegeven dat er voldoende argumenten naar voren komen wanneer de partijen hun oordelen deugdelijk onderbouwen. De begrippen 'voldoende' en 'compleet' zijn in dit verband relatief: als de partijen ieder maar één argument aandragen, is de weging al compleet wanneer beide argumenten tegen elkaar worden afgewogen. Er is ook nog iets te zeggen over het aantal argumenten. De vuistregel lijkt me dat het aantal argumenten toeneemt met het *aantal* deelnemers.<sup>7</sup> Dit pleit voor de democratische staatsvorm, althans voor staatsvormen waarbij het een ieder vrij staat aan politieke debatten deel te nemen. Aristoteles is volgens Jeremy Waldron de eerste die dit argument stelselmatig naar voren brengt.<sup>8</sup> Zijn argument van de 'wijsheid van velen' is in *Politica* één van de belangrijkste redenen een democratische staatsvorm te prefereren boven een aristocratische.<sup>9</sup> Aristoteles' redenering loopt als volgt.

<sup>7</sup> Als we er vanuit gaan dat er een maximum aantal argumenten voor en tegen een wetsvoorstel is, en als we vervolgens steeds een deelnemer aan het debat toevoegen, is de groei in het aantal argumenten in het begin vermoedelijk het grootst en neemt de groei telkens meer af tot 0. Uiteraard is het uitgangspunt betwistbaar en is de wetmatigheid die ik hier voorspel nog onvoldoende reden het aantal deelnemers te beperken zodra de toename van het aantal argumenten niet meer opweegt tegen de kosten van het horen van één extra deelnemer.

<sup>8</sup> Zie Waldron 1995, p. 567. Het artikel is ook opgenomen in Waldron 1999b.

<sup>9</sup> Het andere, pragmatische argument is dat in een democratie veel minder mensen uitgesloten worden van de politiek. Dit bevordert de stabiliteit van een staat. 'For a state in which a large number of people are excluded from office [...] must of necessity be full of enemies.' (Aristotle 1998, p. 83) Beide argumenten betekenen overigens nog niet dat Aristoteles een democratie prefereert boven andere staatsvormen.



[T]he view that the multitude rather than the few best people should be in authority would seem to be held, and while it involves a problem, it perhaps also involves some truth. For the many, who are not as individuals excellent men, nevertheless can, when they have come together, be better than the few best people, not individually but collectively, just as feasts to which many contribute are better than feasts provided at one person's expence. For being many, each of them can have some part of virtue and practical wisdom, and when they come together, the multitude is just like a single human being, with many feet, hands and senses, and so too for their character traits and wisdom. (Aristotle 1998, p. 83)

Jeremy Waldron legt in zijn interpretatie van Aristoteles' argument van de wijsheid van velen de nadruk op de unieke kennis en ervaring die elke burger meeneemt naar de politieke arena. Uit het volgende voorbeeld dat hij geeft, blijkt dit duidelijk:

The assembly is debating whether to mount an expedition to Sicily: one citizen may be familiar with the Sicilian coastline; another with the military capacities of the Sicilians; a third with the cost and difficulty of naval expeditions; a fourth with the bitterness of military failure; a fifth with the dangers to a democratic state of successful military conquest; and so on. Between them, pooling their knowledge, they can hope to gain the widest possible acquaintance with the pros and cons. (Waldron 1995, p. 567)

In het hedendaagse ideaal van de deliberatieve democratie keert Aristoteles' argument ook terug. De bekendste voorvechter van dit ideaal, Jürgen Habermas, legt in *Between Facts and Norms* (1996) uit dat de publieke sfeer, gelegen tussen de private sfeer en de politieke arena, een belangrijke plaats is voor het ontstaan van argumenten en oordelen. De verklaring stemt overeen met Waldrons interpretatie van Aristoteles' argument: burgers ervaren problemen en ontwikkelen daarom meningen over de oplossing ervan. 'The communication structures of the public sphere are linked with the private life spheres in such a way that gives the civil-social periphery, in contrast to the political center, the advantage of greater sensitivity in detecting and identifying new problem situations.' (Habermas 1996, p. 381) Het politieke debat in moderne democratieën kan er dus alleen maar beter op worden wanneer niet alleen burgers aan dat debat deelnemen die volksvertegenwoordiger of minister zijn, maar wanneer er ook burgers aan deelnemen die andere ambten en beroepen vervullen. Burgers die tot deze laatste groep behoren hebben volgens Habermas overigens niet de taak problemen slechts zakelijk te signaleren, zij mogen retoriek gebruiken om aandacht te krijgen voor problemen.

From the perspective of democratic theory, the public sphere must [...] not only detect and identify problems but also convincingly and influentially thematize them, furnish them with possible solutions, and dramatize them in such a way that they are taken up and dealt with by parliamentary complexes. (Habermas 1996, p. 359)

Als de redeneringen van Aristoteles en Habermas juist zijn, belooft dit veel voor het juridiseringsdebat. Het aantal deelnemers (maar niet het aantal *partijen*) aan dit debat is namelijk groot. Veel van de participanten zijn betrokken bij het provincie- en gemeentebestuur, bij rechtspraak en wetenschap. Het ligt voor de hand aan te nemen dat deze deelnemers de juridisering in het openbaar bestuur hebben ervaren of bestudeerd en dat in hun pleidooien beargumenteerde meningen ten aanzien van de oplossing van dit probleem kunnen worden teruggevonden.

## 2.4 Conclusie

Een oordeel van het publiek is weloverwogen wanneer het de conclusie is van een complete en deugdelijke weging van de argumenten van de partijen. Een debat kan tot zo een oordeel leiden wanneer de partijen hun oordeel deugdelijk onderbouwen en deugdelijk verdedigen en wanneer ze het oordeel van de andere partij deugdelijk aanvallen. We zijn nu twee kenmerken van een goed debat op het spoor gekomen: de partijen beredeneren deugdelijk dat hun oordeel over een wetsvoorstel beter is dan dat van de andere partij en het publiek vormt zich een weloverwogen oordeel over dat wetsvoorstel.

## 3 Een geaccepteerde wet

De bedoeling van het wetgevingsproces is dat uiteindelijk een wet ontstaat die de partijen, die verschillende oordelen vellen over het voorliggende wetsvoorstel, toch accepteren. Een goed debat draagt bij aan de acceptatie van de uiteindelijke wet. In de eerste paragraaf is al uitgelegd waarom: een publiek dat beide partijen hoort, handelt eerlijk en dat bevordert de acceptatie van de wet. Eerder in dit proefschrift, in hoofdstuk 2, paragraaf 1, lezen we dat John Rawls beweert dat een wet moet worden geaccepteerd wanneer zij de uitkomst is van een debat waarbij de partijen 'public reason' gebruiken. Rawls verbindt de acceptatie van een wet aan de inhoud van de wet: wanneer de wet in overeenstemming is met public reason, met het liberalisme dus (zoals hij dat opvat),<sup>10</sup> dan zou de wet geaccepteerd moeten worden. Een probleem met de reden voor acceptatie is dat zij alleen bruikbaar is in enigszins homogene liberale politieke samenlevingen. In dit proefschrift veronderstel ik geen inhoudelijke overeenstemming. Ik vertrek vanuit een onbetwist procedureel beginsel. De acceptatie van wetten voer ik terug op de gevolgde procedure, op de vorm van het politieke debat dat aan de stemming over de wet vooraf ging.

Laat ik nu uitleggen wanneer een debat eerlijk verloopt en zo de acceptatie van de uitkomsten ervan bevordert. Een eerlijk debat kunnen we, omdat het een soort strijd is, vergelijken met een eerlijke sportwedstrijd.<sup>11</sup> Een

<sup>10</sup> Zie hoofdstuk 2, paragraaf 1.

<sup>11</sup> Vergelijk Hampshire 1999. Hampshire vergelijkt een debat met een duel. 'At a less thoughtful level, and without the civility of argument, a duel fought to resolve a quarrel can be fair, in virtue of its procedures, while an ambush or mere affray makes no



sportwedstrijd noemen we oneerlijk wanneer de overtredingen van de spelregels niet worden bestraft. Wat hierachter zit, is het volgende. Een sportwedstrijd is een soort 'meting': de krachten en vaardigheden die kenmerkend zijn voor die sport, worden gemeten in een onderlinge strijd. Het gaat erom, het verschil in vaardigheden uit te drukken: de beste sporter of het beste sportteam moet winnen. Dat is doorgaans ook het geval wanneer de sporters gelijke kansen krijgen en wanneer ze geen andere vaardigheden dan degene die kenmerkend zijn voor de sport gebruiken. Het verschil in de mate waarin de sporters de vaardigheden bezitten die kenmerkend zijn voor die sport, bepaalt dan de uitslag.<sup>12</sup>

Een voetbalwedstrijd noemen we bijvoorbeeld eerlijk wanneer het elftal wint dat het beste is in de vaardigheid de bal te trappen, te koppen, te veroveren, over te spelen (vaardigheden die kenmerkend zijn voor het voetbalspel) en niet het elftal dat wint omdat het alleen het beste is in de vaardigheid scheidsrechters te beïnvloeden of om te kopen, spelers te bedreigen en overtredingen te maken. Een scheidsrechter is nodig om ervoor te zorgen dat de wedstrijd eerlijk verloopt. Als de scheidsrechter overtredingen bestraft, zal doorgaans het beste team winnen.

Er bestaat dus een verschil tussen een harde wedstrijd en een oneerlijke wedstrijd. Als beide voetbalteams veel overtredingen maken, maar die overtredingen worden bestraft, dan is de wedstrijd al met al hard maar nog niet oneerlijk. Ook wanneer één van beide teams meer overtredingen maakt dan de ander, maar daarvoor op de juiste wijze wordt gestraft, moeten we uitgaan van een eerlijke wedstrijd. Een wedstrijd is pas oneerlijk wanneer sommige overtredingen niet worden bestraft. Dan kunnen immers de voetbalvaardigheden van beide teams niet goed worden gemeten. Het team dat wint, kan de winst te danken hebben aan een betere beheersing van 'oneigenlijke' vaardigheden.

Ik denk dat deze interpretatie van een eerlijke wedstrijd past bij de werkelijkheid van de sport. In het voetbal behoort het maken van allerlei soorten overtredingen nu eenmaal bij de sport, ook al gaat het hier om oneigenlijke vaardigheden. Een verdediger zal een doorgebroken speler bijna altijd proberen te verhinderen te scoren, reglementair als dat kan, onreglementair als het moet. Zo'n overtreding wordt door spelers gepresenteerd als noodzakelijk en trainers en toeschouwers lijken dat te accepteren. De professionele verdediger aanvaardt zijn verdiende straf. Er wordt dus hard gespeeld en dat hoeft niet alleen zo te

---

pretence of fairness.' (p. 28) Een duel is eerlijk en een hinderlaag niet omdat bij een duel de schietvaardigheden de beslissing bepalen, terwijl bij een hinderlaag de strijd nooit eerlijk is: degene die erin loopt, kan niet op gelijke voet aan de strijd meedoen. Even verderop formuleert Hampshire dit begrip van fairness of 'procedural justice' bij een duel als volgt: 'Neither side must be allowed within the duel an unfair advantage, and the only inequality must come from the temperament and the skill of the individuals involved.' (p. 29)

<sup>12</sup> De enige uitzondering op deze regel is het geval waarbij de minder vaardige sporter/sportploeg veel meer geluk heeft. De wedstrijd is dan niettemin eerlijk. We zeggen niet dat de wedstrijd oneerlijk is wanneer het geluk ongelijk is verdeeld. Wanneer een sporter of sportploeg ongelukkig is, is dat niet onrechtvaardig maar onvoordelig.



zijn omdat de belangen groot zijn. Men wil waarschijnlijk graag winnen.<sup>13</sup> De conclusie die ik trek is dat het maken van overtredingen of het excelleren in oneigenlijke vaardigheden *uit het oogpunt van eerlijkheid* pas een probleem is wanneer het niet wordt bestraft door de scheidsrechter.

Als een politiek debat op een sportwedstrijd lijkt, is een politiek debat ook pas oneerlijk wanneer het gebruik van oneigenlijke vaardigheden niet wordt bestraft. Argumenteren of redeneren is de vaardigheid die bijdraagt aan een goed debat en daarom is een debat een soort meting van de redeneer- of argumenteervaardigheid van de verschillende partijen. De beste redenaar wint, dat wil zeggen: het publiek kiest in meerderheid zijn oordeel.<sup>14</sup> Het aanwenden van overtuigingsmiddelen die niet als argumenten zijn aan te merken, is dan een oneigenlijke vaardigheid. Deze overtuigingsmiddelen—sommigen spreken hier van ‘retorische trucs’—horen bij het debat zoals overtredingen bij het voetbalspel horen. Een debat wordt pas oneerlijk wanneer het publiek het gebruik van die vaardigheden niet als zodanig herkent en er dus door wordt beïnvloed. Dan kan het zo zijn dat de partij die het meest bedreven is in het aanwenden van retorische trucs wint. Dan is niet meer zeker dat de redeneervaardigheid van de partijen wordt gemeten. Omdat het uiteindelijk gaat om de acceptatie van de partijen, moeten de partijen *kunnen zien* dat het publiek het gebruik van die andere overtuigingsmiddelen herkent. En de partijen moeten ook kunnen zien dat het publiek hun argumenten afweegt. Alleen als aan deze twee vereisten is voldaan, weten de partijen zeker dat alleen hun redeneerkunsten worden ‘gemeten’.

Waarom is nu een verliezende partij in een politiek debat eerder bereid om die wet te aanvaarden wanneer het debat eerlijk is gevoerd dan wanneer dat niet zo is? Ik denk dat het te maken heeft met het gunnen van de overwinning aan de andere partij.<sup>15</sup> Het gunnen van de overwinning valt samen met het nemen van het verlies en het aanvaarden van de wet. Ik denk dat de partij die het debat verliest, de overwinning gemakkelijker aan de andere partij gunt wanneer de andere partij heeft gewonnen omdat deze partij betere argumenten heeft aangevoerd (ook al is dat alleen volgens het publiek zo) dan wanneer de winst te danken is aan andere overtuigingsmiddelen. Ook hier is de vergelijking met sport relevant. Een sporter die een eerlijke wedstrijd heeft verloren, kan zijn

<sup>13</sup> De idee hierachter is dat als een team sommige overtredingen niet maakt, dit team minder vaak wint dan een team dat dat wel doet. Strikt geredeneerd moet ik dus een wedstrijd waarbij een team dat hard speelt tegen een team dat niet bereid is dat te doen en dat *daardoor* verliest, oneerlijk noemen. Eerlijker is dan de wedstrijd waarbij beide teams hard spelen. Het achterliggende uitgangspunt is, zoals gezegd, dat de sporter die het best in de sport is, moet winnen. Dit kan soms betekenen dat de betere sporter of het betere team net zo hard moet spelen als de minder goede sporter of het minder goede team om te kunnen winnen.

<sup>14</sup> Met name in de rechtszaal kan er een verschil bestaan tussen de beste pleiter en degene die over de beste argumenten beschikt. Sommige posities zijn nu eenmaal moeilijk te verdedigen. In een politiek debat doet dit probleem zich niet of in veel mindere mate voor. Al met al is dit niettemin een verschil tussen sport en debat.

<sup>15</sup> Heel anders ziet Shapiro het in hoofdstuk 1 van *Courts* (1981). Hij beschouwt het debat voor de rechter niet als een soort spel of sport en komt tot andere oordelen over de bereidheid van partijen om zich neer te leggen bij een besluit dat voor hen ongunstig is.

tegenstander van harte feliciteren met de overwinning. Wanneer de tegenstander heeft gewonnen omdat deze alleen beter was in oneigenlijke vaardigheden, is die reactie minder waarschijnlijk. We kunnen misschien nog iets verder doorvragen. *Waarom* gunt een partij de andere partij de overwinning na een eerlijk debat? Ik denk dat de reden is dat de partij respect of achting heeft voor de andere partij, en wel omdat de andere partij goed kan argumenteren (beter zelfs, volgens het publiek).<sup>16</sup>

De conclusie is dat partijen een wet gemakkelijker kunnen aanvaarden wanneer zij de uitkomst is van een eerlijk politiek debat. Een eerlijk debat is een debat waarbij de partij die over de beste argumenten beschikt (volgens het publiek), wint. We moeten er vanuit gaan dat dat een debat is waarbij het publiek de andere overtuigingsmiddelen van de partijen doorziet zodat deze overtredingen niet de uitkomst van het debat bepalen. De uitkomst wordt pas acceptabel voor de partijen wanneer het publiek *laat zien* dat het de retoriek aan beide kanten doorziet. Het publiek moet vervolgens ook aan de partijen tonen dat het de argumenten van de partijen goed weegt. Anders kunnen zij nog steeds niet weten dat ze eerlijk hebben gewonnen of verloren. We zijn hier twee nieuwe kenmerken van een goed debat op het spoor gekomen. In de vorige paragraaf vonden we al het kenmerk dat het publiek de redeneringen van de partijen deugdelijk afweegt. We voegen op basis van deze paragraaf aan dit kenmerk toe dat het publiek die deugdelijke afweging *laat zien*. Tenslotte voegen we als geheel nieuw kenmerk toe dat het publiek laat zien dat het de retoriek van de partijen herkent.

#### 4 Conclusie

In het vorige hoofdstuk heb ik een politiek debat gedefinieerd als een bijeenkomst van partijen en een publiek, waarbij de partijen bepleiten dat hun oordeel over een wetsvoorstel beter is dan dat van de andere partij, met het doel het publiek daarvan te overtuigen, en waarbij het publiek zich een oordeel over dat wetsvoorstel vormt, door de pleidooien van de partijen aan te horen of te lezen. Een *goed* politiek debat, zo kunnen we nu samenvatten, is een bijeenkomst van partijen en een publiek, waarbij (a) de partijen deugdelijk beredeneren dat hun oordeel over een wetsvoorstel beter is dan dat van de andere partij, met het doel het publiek daarvan te overtuigen, en waarbij het publiek, nadat het de redeneringen van de partijen hoort, laat zien dat het (b) de

<sup>16</sup>

Met Amy Gutmann en Dennis Thompson zouden we deze soort van respect misschien 'appraisal respect' kunnen noemen. 'It expresses a positive appraisal of a person for manifesting some excellence of character.' (Gutmann en Thompson 1990, p. 76 voetnoot 16) Al denk ik dat 'character' in het kader van dit onderzoek een te nauwe term is. Misschien is de argumenteren eerder een 'excellence of mind'. Gutmann en Thompson menen dat 'appraisal respect' (waardering respect) de centrale deugd is van 'moral deliberation' (Gutmann en Thompson 1990, p. 76). Deze moral deliberation verschilt van wat ik hier een goed politiek debat noem. Het zijn gesprekken waarbij de deelnemers ten aanzien van morele kwesties elkaar hun positie proberen uit te leggen. Vandaar de nadruk op 'character'.

andere overtuigingsmiddelen herkent en (c) een weloverwogen oordeel over dat wetsvoorstel velt.



## Overtuigingsmiddelen en perspectieven

Een goed politiek debat is in het vorige hoofdstuk gedefinieerd als een bijeenkomst van partijen en een publiek, waarbij (a) de partijen deugdelijk beredeneren dat hun oordeel over een wetsvoorstel beter is dan dat van de andere partij, met het doel het publiek daarvan te overtuigen, en waarbij het publiek, nadat het de redeneringen van de partijen hoort, laat zien dat het (b) de andere overtuigingsmiddelen herkent en (c) een weloverwogen oordeel over dat wetsvoorstel velt. Deze kenmerken moeten worden geoperationaliseerd, omdat op voorhand niet duidelijk is hoe bepaald kan worden of een concreet politiek debat die kenmerken heeft. Het zijn de begrippen ‘deugdelijk’ en ‘andere overtuigingsmiddelen’ die uitgelegd moeten worden. Wanneer is een oordeel of mening deugdelijk beredeneerd? En welke overtuigingsmiddelen zijn er naast argumenten en hoe kan bepaald worden of het publiek ze heeft herkend? Het is niet nodig het begrip ‘weloverwogen’ te operationaliseren. Dat is in het vorige hoofdstuk al gebeurd. Daar heb ik het vertaald in termen van deugdelijkheid: een weloverwogen oordeel is een oordeel dat de conclusie is van een complete en deugdelijke weging van de argumenten van partijen. Door in dit hoofdstuk uit te leggen wat een deugdelijke redenering is, wordt dus meteen het derde kenmerk geoperationaliseerd.

### 1 Deugdelijke redeneringen

Een redenering is niets anders dan een stelling (of conclusie<sup>1</sup>) en een argument dat voor die stelling wordt aangevoerd. Voor een stelling kan uiteraard ook meer dan één argument worden aangevoerd.

#### 1.1 Beweringen en redeneringen

De onderdelen van een redenering, de stelling en de argumenten, zijn *beweringen*, en beweringen zijn waar of onwaar, meer of minder waarschijnlijk, meer of minder juist, meer of minder aannemelijk. Feitelijke beweringen (‘Op 9 augustus 2004 scheen de zon en was het 30 graden Celsius in Almere.’) zijn waar of onwaar of meer of minder waarschijnlijk. Over prescriptieve of normatieve beweringen (‘Het wetsvoorstel moet worden aangenomen.’, ‘De verdachte is schuldig.’) zeggen we meestal niet dat ze waar of onwaar zijn, maar dat ze meer of minder aannemelijk, juist of gerechtvaardigd zijn. Ik zal in deze studie van beweringen steeds zeggen dat ze meer of minder aannemelijk zijn.

<sup>1</sup> Ik beschouw beide termen in dit proefschrift als synoniemen.

Doorgaans zijn conclusies of stellingen beweringen die, in ieder geval op het eerste gezicht, niet aannemelijk zijn, terwijl argumenten dat juist wel zouden moeten zijn. Het oogmerk van een redenering is om de nog niet zo aannemelijke stelling aannemelijk te maken door haar af te leiden uit aannemelijke argumenten. In een redenering wordt, als het goed is, de aannemelijkheid van de argumenten overgedragen op de conclusie of stelling.

Wanneer die overdracht terecht is, is een redenering *geldig*. Een geldige redenering is een redenering waarbij de conclusie uit de argumenten volgt. Als dat zo is, en als die argumenten dan ook nog eens aannemelijk zijn, dan ontstaat dus een aannemelijke conclusie. Zo'n redenering noemt men dan *deugdelijk*. Een *deugdelijke* redenering is een geldige redenering waarbij de argumenten aannemelijk zijn en dus de conclusie ook.<sup>2</sup>

Hoe kunnen we nu bepalen wanneer de deelnemers aan het debat deugdelijk argumenteren? Moeten de deelnemers redeneren volgens complete, logisch geldige redeneerschema's waarin alleen onbetwijfelbare argumenten voorkomen? Ik meen dat beide maatstaven niet op hun plaats zijn in een politiek debat.

## 1.2 Geldige redeneringen

Wat betreft de complete, logisch geldige redeneerschema's: in een politiek debat wordt op een natuurlijke, alledaagse wijze geredeneerd. Argumentatietheoretici zouden kunnen beweren dat er argumenten worden verzwegen of dat er argumenten ontbreken, maar aan die classificaties ligt wel steeds de problematische aanname ten grondslag dat deelnemers aan debatten redeneerschema's volgen.<sup>3</sup> De natuurlijke, alledaagse manier van redeneren levert korte redeneringen op en die hebben als doorslaggevend voordeel dat de deelnemers aan een debat elkaar zelfs mondeling vrij vlug kunnen begrijpen.<sup>4</sup> Bij complete, logisch geldige redeneringen moet een kunsttaal worden gebruikt en is mondeling debat onmogelijk. De norm die ik daarom gebruik is dat een redenering als geldig kan worden gereconstrueerd.

Geldigheid wordt wel uiteengelegd in relevantie (het argument moet de stelling ondersteunen (het argument moet relevant zijn)) en 'sufficiency' (er

<sup>2</sup> De redenering kan ook geldig zijn zonder dat de beweringen die deel van haar uitmaken aannemelijk zijn. De begrippen geldig en deugdelijk en het onderscheid tussen argumenten en conclusies, kan worden teruggevonden in inleidingen tot de argumentatieleer, bijvoorbeeld Schellens en Verhoeven 1994.

<sup>3</sup> Zie over redeneerschema's in de argumentatieleer het heldere overzichtsartikel van Bart Garssen (2001).

<sup>4</sup> De aard van de redeneringen hangt af van het niveau van het publiek. Aristoteles suggereert dat redeneringen in politieke en juridische aangelegenheden kort moeten zijn omdat de toehoorders geen lange redeneringen kunnen volgen. (Aristoteles 2004, p. 30) Aristoteles onderscheidt retorische syllogismen (deductieve syllogismen zonder 'maior') of enthymemen van retorische inducties of redeneringen met voorbeelden. (Aristoteles 2004, p. 30)



moeten ook voldoende argumenten voor de stelling worden aangevoerd).<sup>5</sup> Wanneer aan beide voorwaarden is voldaan, beschouw ik een redenering als geldig. Een redenering merk ik aan als geldig, wanneer voor de stelling voldoende relevante argumenten worden aangevoerd.

Wat nu precies met de eis van relevantie wordt bedoeld, is lastig uit te leggen. Johnson en Blair schrijven dat niemand dat tot nu toe is gelukt. 'The point seems to be that relevance is always a judgement call, and there is no reason to think that any algorithmic procedure will come along to change that.' (Johnson en Blair 1983, p. 39) In dit onderzoek is zo'n 'algorithmic procedure' ook niet nodig. Het gaat mij er hier immers om mijn conclusie over de redeneringen van de deelnemers aan het juridiseringsdebat *navolgbaar* te maken. Het is niet de bedoeling die conclusie te vervangen door een onbetwistbare berekening. (Dat is denk ik ook niet mogelijk.) In dit onderzoek levert het vaststellen van de relevantie van argumenten geen enkel probleem op.

Er is wel wat meer te zeggen over de eis van voldoende argumenten. Voor sommige stellingen is één argument voldoende, voor andere zijn meer argumenten nodig. Stellingen waarbij één argument voldoende is, worden *enkelvoudig* beredeneerd wanneer er ook daadwerkelijk één argument gegeven wordt en worden *meervoudig* beredeneerd wanneer er meer dan één argument wordt gegeven. Die extra argumenten zijn dan strikt genomen niet nodig. Zouden alle argumenten behalve één wegvallen, dan steunt de conclusie nog op dat ene argument. Stellingen waarbij meer dan één argument nodig is, worden *nevenschikkend* beredeneerd wanneer de argumenten die nodig zijn ook allemaal worden gegeven. Een nevenschikkende redenering is een redenering die bestaat uit een conclusie die ondersteund wordt door twee of meer argumenten en waarbij al deze argumenten nodig zijn om de conclusie te kunnen trekken. De argumenten zijn soms een soort stapjes die allemaal moeten worden gezet om de conclusie te kunnen bereiken. Dit is een kwetsbare redeneerstructuur, omdat hier alle argumenten nodig zijn om de stelling voldoende te ondersteunen.<sup>6</sup>

### 1.3 Aannemelijke argumenten

Politieke debatten gaan doorgaans over vraagstukken waarbij steeds verschillende kanten op kan worden geredeneerd—als dat niet zo zou zijn, zou er geen debat worden gehouden (Aristoteles 2004, pp. 29-30)—en waarbij de argumenten hoogstens aannemelijk zijn, maar in elk geval altijd betwistbaar. De eis is daarom niet dat de partijen argumenten gebruiken waarvan zij mogen verwachten dat de *tegenstander* ze accepteert. Dit is de eis die de liberalen en

<sup>5</sup> Precies deze twee eisen (samen met de eis van aannemelijkheid) kan men terugvinden bij Johnson en Blair 1983, hoofdstuk 2. Deze auteurs worden door Van Eemeren gerekend tot de 'informal logic'-school. Zie Van Eemeren 2001, p. 13. Zie ook Van Eemeren, Grootendorst en Snoeck Henkemans 1996, pp. 223-226.

<sup>6</sup> Zie voor een helder overzicht van indelingen van argumentatiestructuren door de geschiedenis heen: Snoeck Henkemans 2001. Het onderscheid dat ik hier maak is gebaseerd op Van Eemeren en Grootendorst 1982, pp. 265-269. Nota bene: argumentatiestructuren zijn geen redeneerschema's!



democraten uit hoofdstuk 2 aan het politieke debat stellen. Zij veronderstellen hiermee dat er een inhoudelijk politiek gedachtengoed is dat iedereen kan accepteren. Dat doe ik hier niet. Mijn vertrekpunt is slechts procedureel. Ik leg de lat van 'aannemelijkheid' daarom laag en stel als eis dat het argument dat een partij aanvoert niet aanvaard hoeft te worden door zijn tegenstander, maar door een twijfelende *medestander* in het publiek. Door een sympathisant uit het publiek als gezichtspunt te nemen, wordt meteen duidelijk dat ik geen overeenstemming veronderstel, want er zit natuurlijk verschil tussen de medestanders van de verschillende partijen. Ik beschik dus over een flexibel, variabel beoordelingsstandpunt. Het zal duidelijk zijn dat de medestander natuurlijk wel moet *twijfelen*, want een goedgelovige of fanatieke medestander hoeft geen argumenten te horen. Die neemt de stellingen zó aan. De vraag ten aanzien van de aannemelijkheid is dus: zal een twijfelende medestander het argument aanvaarden?

#### 1.4 Aanvallen en verdedigingen

Een partij kan niet alleen een stelling onderbouwen met argumenten, maar kan ook de stelling van de tegenstander aanvallen en de eigen stelling naar aanleiding van een aanval verdedigen.<sup>7</sup> Partijen kunnen zowel de geldigheid van de redenering als de aannemelijkheid van de argumenten betwisten. In het juridiseringsdebat doen de partijen alleen dat laatste. De vraag die opkomt is wat de consequenties zijn van een aanval van een tegenstander voor mijn beoordeling van de aannemelijkheid van de argumenten die een partij aanvoert. Het antwoord is: zo'n aanval heeft geen consequenties voor mijn beoordeling. Als partij A een aannemelijk argument aanvoert voor een stelling, dat is: wanneer een twijfelende *medestander* dat argument zou accepteren, dan kan een deugdelijke aanval van een *tegenstander* de aannemelijkheid van het argument niet meer aantasten. Dat is in dit proefschrift zo omdat ik de aannemelijkheid laat afhangen van medestanders, omdat ik geen inhoudelijke overeenstemming aanneem. Een argument kan aannemelijk zijn (volgens een medestander die twijfelde aan de stelling) en tegelijkertijd kan een aanval op dat argument door een tegenstander aannemelijk zijn (volgens een sympathisant van die tegenstander). Of een argument aannemelijk is, ligt volledig aan het oordeel van een denkbeeldige medestander over dat argument. In dit proefschrift kan (en moet en zal) ik dus de onderbouwingen, aanvallen en verdedigingen *los* van elkaar beoordelen.

#### 1.5 Conclusie

De conclusie van deze paragraaf is dat een deugdelijke redenering een redenering is die geldig is en waarbij de argumenten aannemelijk zijn. Ik heb uitgelegd dat het niet gerechtvaardigd is complete, logisch geldige redeneerschema's te verwachten en onbetwistbare argumenten. In politieke

<sup>7</sup> Zie ook hoofdstuk 4, paragraaf 2.

debatten zijn de redeneringen kort en de argumenten betwistbaar. Daarom is de eis dat de redenering als geldig (voldoende relevante argumenten) gereconstrueerd kan worden en dat de argumenten door een twijfelende medestander geaccepteerd moeten kunnen worden.

## 2 Andere overtuigingsmiddelen

In de argumentatietheorie is uiteraard veel kennis verzameld over argumenten, maar als we oog willen krijgen voor andere overtuigingsmiddelen, dan is het nodig de (klassieke) retorica te raadplegen. De retorica is een *ars*, een kunst, en wel de kunst een overtuigend betoog te houden. (Guépin 1983, pp. 78 en 149) Maar er zijn concurrerende definities. Volgens Aristoteles is het doel van de retorica in iedere omstandigheid overtuigingsmiddelen te vinden. (Aristotle 1926, pp. 13 en 15) Van Aristoteles is ook de bekende indeling in niet-vakmatige overtuigingsmiddelen (tastbare bewijzen, wetten, contracten, etc.) en vakmatige overtuigingsmiddelen. Het gaat hier om de laatste soort van overtuigingsmiddelen. Die worden door Aristoteles in drie categorieën verdeeld: *logos* (argumenten), *ethos* (karakter) en *pathos* (emoties). Tot nu toe is de aandacht steeds naar *logos* uitgegaan. De vraag is nu wat de andere vakmatige overtuigingsmiddelen inhouden.

Een belangrijk overtuigingsmiddel is volgens Aristoteles het tonen van bepaalde kwaliteiten, waaronder een bepaald karakter (*ethos*).

[O]mdat welsprekendheid haar doel vindt in een oordeel [...], moet een spreker niet alleen erop toezien dat de redenering verhelderend en overtuigend is, maar evenzeer zijn eigen persoon in een bepaald daglicht stellen en de beoordelaar in een bepaalde gemoedstoestand brengen. Het maakt voor het overtuigingsproces heel wat uit, vooral in de politieke welsprekendheid maar ook in processen, dat de spreker bepaalde eigenschappen aan de dag legt en dat de toehoorders de indruk hebben dat hij jegens hen op een bepaalde manier gestemd is, en dat ook zichzelf op een bepaalde manier gestemd zijn. (Aristoteles 2004, p. 100)

Het beeld dat de spreker van zichzelf bij het publiek weet te scheppen, bepaalt volgens retorici dus sterk het succes van de overtuigingspoging. In de handboeken van de klassieke retorica wordt de redenaar wel aanbevolen bescheidenheid, deskundigheid en rust uit te stralen.<sup>8</sup> Het publiek zal niet snel onder de indruk zijn van een spreker die bijvoorbeeld geen ontzag heeft voor het publiek. In de toespraak moet de hiërarchische verhouding tussen oordelende instantie en pleiter als het ware herkenbaar zijn. 'De manier van spreken [moet] kalm en mild zijn, zij kan geen hoogmoedigheid, en zeker geen verheffing of

<sup>8</sup> 'Het *ethos* dat wij in gedachten hebben en van sprekers verlangen, is een gemoedstoestand die de toehoorders in de eerste plaats door goedheid voor zich inneemt. Deze toestand kan zachtmoedig of kalm zijn, maar ook vriendelijk, innerlijk beschaafd, aantrekkelijk voor de toehoorders en prettig om naar te luisteren.' (Quintilianus 2001, boek VI, hoofdstuk 2, paragraaf 13)



verhevenheid gebruiken.’ (Quintilianus 2001, boek VI, hoofdstuk 2, paragraaf 19) In de volgende hoofdstukken zal ik steeds proberen in te schatten welke karakters en welke kwaliteiten de deelnemers aan het debat (bewust of onbewust<sup>9</sup>) in hun bijdragen zouden kunnen uitstralen.

Het bespelen van de emoties (pathos) van de toehoorders is misschien wel het meest retorische overtuigingsmiddel. Aristoteles vindt dat leraren in de retorica vóór hem zich te zeer tot dit overtuigingsmiddel hebben beperkt. Toch acht ook hij het beïnvloeden van de gemoedstoestand van het publiek een belangrijk instrument, omdat onze oordelen zo sterk door onze gevoelens worden bepaald. Het citaat hierboven is ook illustratief voor *dit* standpunt. Het beroeren van de emoties gaat soms ook vanzelf omdat de onderwerpen waarover gesproken wordt bepaalde emoties oproepen. Denk bijvoorbeeld aan de gruwelijkheden die in sommige rechtszaken aan de orde komen of de problemen die aanleiding geven tot sommige wetsvoorstellen. Toch is het moeilijk precies die emoties op te wekken die de redenaar nodig heeft om zijn betoog kracht bij te zetten. Quintilianus schrijft niet in welke situatie welke emotie moet worden aangewakkerd, maar legt wel uit hoe de redenaar het beste emoties kan oproepen. De sleutel tot succes is volgens hem dat de redenaar zelf ook enigszins geëmotioneerd is. ‘Het simuleren van verdriet, woede en verontwaardiging kan soms lachwekkend worden, indien we slechts onze woorden en ons gelaat, maar niet onze stemming daaraan aangepast hebben.’ (Quintilianus 2001, boek VI, hoofdstuk 2, paragraaf 26)

Rest nu nog de vraag hoe vastgesteld kan worden of het publiek laat zien dat het het gebruik van deze middelen herkent. Ik denk dat deze werkwijze voor de hand ligt: inschatten wat bij elk overtuigingsmiddel het verwachte effect is (volgens de retorica) en vervolgens onderzoeken of dat effect bij het publiek ook optreedt of dat het publiek zich bijvoorbeeld kritisch of anderszins uitlaat over het gebruik van het middel. De operationalisatie van de kenmerken van een goed debat is nu afgerond. De problematische begrippen zijn uitgelegd voor zover dat mogelijk is, zodat het oordeel over de kwaliteit van het debat, in de Conclusie, controleerbaar kan worden.

### 3 Het schatten van de rolverdeling

In de Inleiding heb ik aangegeven dat bij een politiek debat dat deels in tijdschriften en dagbladen en op congressen wordt gevoerd, steeds moet worden onderzocht wat de rolverdeling is. Die rolverdeling is immers niet vastgelegd. Het bepalen van de rolverdeling is van belang omdat we—gelet op de drie kenmerken van een goed politiek debat—van een partij andere handelingen verwachten dan van een publieksinstantie. Ik zal in de hoofdstukken over het juridiseringsdebat dus steeds proberen in te schatten wie de rol van partij speelt

<sup>9</sup> Het is niet mogelijk om op basis van tekstanalyse vast te stellen of een deelnemer bepaalde kwaliteiten bewust of onbewust oproept in zijn betoog. Dat is voor het onderzoek geen probleem: het gaat erom dat het publiek deze overtuigingsmiddelen herkent (ook al bedient een partij zich er op een niet-gespeelde, natuurlijke wijze van).



en wie de rol van publiek. Ook zal ik aandacht besteden aan de vraag tot wie een partij zijn betoog richt. De verwachting is uiteraard dat de bestuurders enerzijds en de rechtsgeleerden anderzijds zich richten tot het kabinet (en dat vervolgens het kabinet zich richt op de kamercommissies). Maar het is interessant om te onderzoeken of die verwachting ook aannemelijk kan worden gemaakt aan de hand van de gevoerde betogen.

Hoe kunnen we de rolverdeling onderzoeken? Eigenlijk kan op basis van de retorica alleen maar met enige mate van aannemelijkheid worden ingeschat of een partij zich richt tot een gemakkelijk of moeilijk te overtuigen publiek. De retorica geeft een spreker die voor een hem goedgezend publiek staat, heel andere adviezen dan een spreker die een publiek moet overtuigen dat zojuist applaudiseerd heeft voor zijn tegenstander. Omdat die adviezen ook nu nog voor de hand lijken te liggen, meen ik dat we uit de benadering die een partij daadwerkelijk kiest, wel mogen afleiden of hij voor een *gemakkelijk* of *moeilijk* publiek spreekt.

De manier waarop een partij een publiek benadert, kan men vooral aantreffen in de inleiding van het betoog. De functie van de inleiding is volgens de retorische handboeken namelijk het publiek welwillend, aandachtig en geïnteresseerd te stemmen.<sup>10</sup> Er gelden volgens Quintilianus enkele basisregels voor inleidingen. Ten eerste ten aanzien van het ethos van de spreker. 'Zoals in deze het gezag van de spreker het allerbelangrijkste is—bij het op zich nemen van de zaak moet iedere verdenking van onzuiverheid, haatgevoelens of eerezucht afwezig zijn—zo strekt het ook stilzwijgend tot aanbeveling, wanneer we beweren dat we zwak en onvoorbereid zijn en niet opgewassen tegen onze briljante tegenstanders.' (Quintilianus 2001, boek IV, hoofdstuk 1, paragraaf 8) Ten tweede ten aanzien van het publiek. 'Het zou onnozel zijn erop te wijzen, dat men geen openlijke aanval op de rechter moet doen, ja zelfs niets moet zeggen wat als zodanig zou kunnen worden opgevat, als het niet toch gebeurde.' (Quintilianus 2001, boek IV, hoofdstuk 1, paragraaf 11) Deze twee regels (de spreker stelt zich bescheiden op en valt nooit het publiek aan) gelden volgens Quintilianus in alle retorische situaties.

Hoe de inleiding er verder uit moet zien, verschilt per situatie. De inleiding hangt af van de stelling en van het publiek dat de redenaar beoogt te overtuigen. In de *Rhetorica Ad Herennium*, een werk waarvan wordt betwijfeld of Cicero de auteur is, worden twee typen inleiding behandeld: de directe en de subtiële. 'The Direct Opening should be that [...] we immediately make the hearer well-disposed or attentative or receptive; whereas the Subtle Approach should be such that we effect all these results covertly, through dissimulation, and so can arrive at the same vantage-point in the task of speaking.' (Cicero 1954, bk. I, chapt. vii, par. 11.) De spreker moet goed inschatten welke opening hij in een concrete situatie dient toe te passen. De subtiële aanpak is nodig wanneer de kansen voor de spreker niet groot zijn.

<sup>10</sup>

Zie bijvoorbeeld Quintilianus 2001, boek IV, hoofdstuk 1, paragraaf 5.

There are three occasions on which we cannot use the Direct Opening, and these we must consider carefully: (1) when our cause is discreditable, that is, when the subject itself alienates the hearer from us; (2) when the hearer has apparently been won over by the previous speakers of the opposition; (3) or when the hearer has become wearied by listening to the previous speakers. (Cicero 1954, bk. I, chap. vi, par. 9)

De directe opening is het beste wanneer de spreker goede kansen op succes heeft. Ook kan de redenaar er in zo'n situatie voor kiezen de opening helemaal achterwege te laten. '[I]f our cause is of the honourable kind, it will be correct either to use the Direct Opening or not to use it. If we wish to use it, we must show why the cause is honourable, or else briefly announce what matters we are going to discuss. But if we do not wish to use the Direct Opening, we must begin our speech with a law, a written document, or some argument supporting our case.' (Cicero 1954, bk. I, chap. iv, par. 6)

De boodschap van de retorici is helder: staat een redenaar er goed voor, dan introduceert deze zijn onderwerp kort en zakelijk; heeft een redenaar het publiek "tegen", dan is een subtiele, rustige aanpak nodig. Dit voor de hand liggende retorische inzicht komt ons van pas bij het identificeren van het publiek waarop een redenaar zich richt. Wanneer een spreker een korte, zakelijke opening kiest of een inleiding overslaat, dan is dat steun voor de vaststelling dat hij spreekt voor een goedgezind publiek. Wanneer een spreker een lange, rustige aanloop nodig acht, dan schat hij waarschijnlijk in dat hij het publiek voor zich moet winnen en dan zal hij wellicht spreken voor een publiek dat het nog niet met hem eens is. Natuurlijk is het ook mogelijk dat een spreker een verkeerde inschatting maakt van de retorische situatie waarin hij zich bevindt.

## 4 Metaforen en perspectieven

### 4.1 *Perspectiefverschil en het vermogen met elkaar te debatteren*

In paragraaf 2 van hoofdstuk 1 heb ik uitgelegd dat dit onderzoek er niet op gericht is de gevonden kwaliteit van het juridiseringsdebat te verklaren. De kwaliteit zou kunnen worden verklaard aan de hand van een onderzoek naar de *inspanningen* en de *vermogens* van de deelnemers. Waarom zijn die inspanningen laag/hog? Mogen we verwachten dat de deelnemers het vermogen of de vaardigheid hebben te redeneren (met elkaar)? In het algemeen mogen we er denk ik wel vanuit gaan dat deelnemers aan politieke debatten kunnen redeneren en dat de kwaliteit van die debatten daarom afhangt van de inspanningen van de deelnemers. Als bovendien de prioriteit van politici behoort te liggen bij participeren in politieke debatten, dan kan de kwaliteit van een politiek debat de participerende politici worden kwalijk genomen. Maar als we vinden dat andere taken hoger in rangorde zijn, dan zijn de onvoldoende inspanningen wellicht te rechtvaardigen door naar die andere taken te verwijzen.

Ten aanzien van het juridiseringsdebat is er aanleiding de aanname dat de deelnemers aan een politiek debat het *vermogen* hebben met elkaar te



redeneren, wat nader te onderzoeken. In de Inleiding heb ik aangestipt dat bestuurskundigen ten aanzien van het juridiseringsvraagstuk lijken aan te nemen dat bestuurders en rechters juridisering vanuit heel uiteenlopende gezichtspunten aanschouwen. Dit zou kunnen betekenen dat de partijen het in het debat over heel andere onderdelen van het verschijnsel hebben, zonder dat ze dit beseffen. Als dat zo is, dan zou dat kunnen betekenen dat de partijen niet goed met elkaar kunnen debatteren, omdat ze elkaar *misverstaan*. Als dit zo is dan heeft het juridiseringsdebat in elk geval het eerste kenmerk van een goed debat niet, omdat ze elkaars oordelen niet deugdelijk (kunnen) aanvallen en zich niet deugdelijk tegen de aanvallen (kunnen) verdedigen. De lage kwaliteit waartoe dan zou moeten worden geconcludeerd, zou dan te wijten zijn aan het onvermogen van de partijen met elkaar te debatteren. Laten we eerst de bestuurskundige analyse van juridisering wat nader bestuderen.

#### 4.2 *De bestuurskundige analyse van juridisering*

Eerst moet worden opgemerkt dat bestuurskundigen als Tops, Hertogh en De Goede niet over het juridiseringsdebat schrijven, maar over het onderwerp van het debat, over juridisering zelf. De idee dat bestuurders en rechters heel andere perspectieven op juridisering hebben, wordt gevoed door de schriftelijke enquête die Tops in 1996 heeft gehouden onder alle burgemeesters (respons 59 procent) en 63 rechters (respons 62 procent) in Nederland over hun meningen over juridisering. De uitkomst van deze wat Tops noemt 'quick scan' zijn volgens hem dat 'rechters en bestuurders totaal verschillend denken over het probleem van de "juridificering".' (Tops 1997, p. 30)

De burgemeesters vinden haast allemaal dat er sprake is van juridisering (89 procent) en dat die is toegenomen (97 procent). De helft van de burgemeesters vindt juridisering een groot probleem, de andere helft vindt het een gering probleem. De burgemeesters hebben vooral last van de vele bezwaaren beroepsprocedures (76 procent heeft daar last van), van formalistische uitspraken (50 procent) en van politieke rechters (47 procent). De consequentie van de juridisering is volgens 42 procent van de burgemeesters dat de slagvaardigheid van het bestuur er in sterke mate door belemmerd wordt. 49 procent vindt dat dit in enige mate het geval is. De bestuurders zijn er voorstander van de Awb te vereenvoudigen (84 procent).

De rechters geven heel andere antwoorden. '[H]un perceptie van de werkelijkheid is een totaal andere,' schrijft Tops (1997, p. 31). Maar vijf procent van de rechters is het er 'helemaal mee eens' dat juridisering bestaat. De rechters vinden juridisering bovendien geen groot probleem. Wat zij wel signaleren is dat de bestuurlijke besluitvorming gebrekkig is (72 procent van de rechters vindt dit) en dat bestuurders vaak (28 procent) of regelmatig (62 procent) onvoldoende kennis hebben van de Algemene wet bestuursrecht. Slechts 36 procent ziet het vereenvoudigen van de Awb als een oplossing. Tops' conclusie is dat de twee beroepsgroepen er een 'eigen probleemperceptie' op na houden. Tops herkent verschillende 'perspectieven' in de antwoorden. 'In feite behelzen [de oplossingen die de respondenten voorstellen] een uitnodiging aan de "andere



partij” om zich te verplaatsen in de eigen perspectieven op het probleem.’ (Tops 1997, p. 32)

Hertogh en De Goede hebben geen onderzoek verricht naar de opvattingen van de bestuurders en de rechters over juridisering, maar richten zich op de oplossingen die op basis van de literatuur voor dit probleem kunnen worden aangereikt. Beide auteurs hebben de cijfers van Tops bestudeerd en lijken zijn duiding van die cijfers over te nemen. (Hertogh 1998a, pp. 116-117; De Goede 2000, p. 407) Hertogh stelt betere communicatie tussen rechters en bestuurders voor, zowel in beroepsprocedures als daarbuiten. (Hertogh 1998a en 1998b) Betere communicatie is communicatie waarbij de perspectieven van de betrokkenen worden geëxpliciteerd. De Goede geeft op basis van de bestuurskundige theorieën van Niklas Luhmann en Günther Teubner het advies de gesloten, ‘autopoëtische’ systemen van het openbaar bestuur en de rechtspraak om te vormen tot ‘allopöëtische’ stelsels: systemen die juist voor elkaar ‘openstaan’. (De Goede 2000, p. 407) Beide auteurs lijken te menen dat meer en betere communicatie een oplossing is voor het probleem van juridisering. Of deze oplossing effectief zal zijn of wenselijk, is in dit proefschrift niet aan de orde. Wat hier wel van belang is, is dat onder bestuurskundigen niet betwist lijkt te worden dat bestuurders en rechters het verschijnsel juridisering in verschillende perspectieven zien.

Wat dit voor het debat zou kunnen betekenen is nog niet duidelijk. Er is nog te weinig aandacht besteed aan de eigenschappen van een perspectief. Wat zou het effect kunnen zijn van een verschil in perspectief op het debat? Het is nodig wat beter te omschrijven wat een perspectief is.

#### 4.3 *Gezichtspunt en perspectief*

Het woord ‘perspectief’ is bekend in de schilderkunst. In perspectief schilderen lijkt mij een tweedimensionaal vlak zó met verf of iets anders bewerken dat het afgebeelde voorwerp of landschap driedimensionaal lijkt. Voor de schilder die die kunst beheerst, gaat het al gauw om de vraag welk *gezichtspunt* hij ten opzichte van het nog af te beelden werkelijke of denkbeeldige voorwerp of landschap zal innemen. Stel dat het een voorwerp betreft: het kan dan op uiteenlopende manieren worden afgebeeld: vanaf de grond bekeken, van bovenaf, van opzij. Bij elk van deze gezichtspunten toont het voorwerp zich anders aan het schilders oog: in kikvorsperspectief, in helikopterperspectief, ‘en profile’. Het gezichtspunt dat de schilder inneemt, bepaalt dus het *perspectief* waarin het voorwerp zich aan hem vertoont.

Het zal duidelijk zijn dat een voorwerp er vanuit elk van de gezichtspunten anders uitziet. Preciezer gezegd: vanuit elk van de gezichtspunten springen andere aspecten of kanten van een voorwerp in het oog. Wanneer een schilder een kikvorsgezichtspunt inneemt, toont het af te beelden voorwerp zich in kikvorsperspectief aan het oog van de schilder, dat wil zeggen: de schilder ziet vooral de onderkant van het voorwerp goed (stel dat het om een wolkenkrabber gaat) en de verticale lijnen van het voorwerp. De bovenkant van

de wolkenkrabber (stel dat het gebouw een platte top heeft) is vanuit dat gezichtspunt niet eens zichtbaar.

Laten we aannemen dat de keuze voor een gezichtspunt bepaald wordt door het *belang* dat een schilder heeft in het voorwerp of, anders geformuleerd, het *doel* dat hij heeft met het schilderij. Stel nu dat de schilder geïntrigeerd is door de hoogte van de wolkenkrabber en die zo goed mogelijk wil uitdrukken. De schilder zal dan een kikvorsgezichtspunt innemen zodat de nadruk komt te liggen op de verticale lijnen, op de hoogte van de torenflat. De zaken liggen heel anders voor de tekenaar die de opdracht heeft een nauwkeurige plattegrond van de stad te maken, en precies wil weten wat de oppervlakte is van de wolkenkrabber. De tekenaar kan dan het beste een satellietfoto gebruiken—hij leent als het ware het gezichtspunt van de satelliet—zodat het gebouw zich aan zijn oog toont in satellietperspectief. In dit perspectief is alleen de bovenkant van het gebouw zichtbaar. De zijanten kunnen niet worden aanschouwd.

Deze manier waarop het belang van een schilder of tekenaar via het gezichtspunt bepaalt welke kenmerken of aspecten deze ziet (in welk perspectief de kijker het voorwerp ziet), wordt door sommige filosofen wel gebruikt als voorbeeld voor kennen en beoordelen. De boodschap van deze perspectivisten ligt voor de hand: het is onvermijdelijk dat een waarnemer, een beoordelaar, een gezichtspunt inneemt; het onderwerp dat wordt waargenomen, gewaardeerd, beoordeeld, toont zich altijd in een bepaald perspectief aan het oog. De achterliggende gedachte is dat ook hier het belang of doel het gezichtspunt is en dus het perspectief bepaalt en dus bepaalt *welke* kennis wordt vergaard, *wat* wordt beschreven, *hoe* het oordeel luidt. Er bestaat volgens deze filosofen geen zuivere, objectieve, belangeloze, waardevrije kennis.

#### 4.4 *Extra: Protagoras en Nietzsche*

Het is nodig het bovenstaande model wat toe te lichten aan de hand van de overwegingen van twee filosofen die wel als perspectivisten zijn aangeduid: Protagoras en Nietzsche. De sofist Protagoras (480 tot 410 voor Christus) heeft volgens de filoloog Edward Schiappa het idee van een gezichtspunt of perspectief in de filosofie geïntroduceerd. Protagoras' fragmenten—er zijn er ongeveer zeven bewaard gebleven in de vorm van citaten—geven daar blijk van. Een bekend fragment is dat over alle zaken twee beschrijvingen mogelijk zijn die tegenovergesteld zijn aan elkaar: 'Two accounts [*logoi*] are present about every 'thing', opposed to each other.' (Schiappa 1991, p. 100) Volgens Schiappa is Protagoras' claim in dit fragment dat de werkelijkheid van dien aard is dat er twee tegenovergestelde manieren bestaan om haar te beschrijven of te verklaren. (Schiappa 1991, p. 92)<sup>11</sup> De werkelijkheid wordt nu 'gemeten' door mensen: de mens is de maat van alle dingen. 'Of everything and anything the measure [truly is] human(ity): of that which is, that it is the case; of that which is not, that it is

<sup>11</sup> Het inzicht dat er *twee* beschrijvingen zijn van elk ding en niet drie of vier of meer, is overigens het gevolg van de speciale waarde die de oude Grieken aan paren verbinden. (Schiappa 1991, p. 92) (Denk aan de paren dag-nacht, licht-donker, man-vrouw, gezond-ongezond, etc.) Wij hoeven Protagoras hierin niet te volgen.



not the case.’ (Schiappa 1991, p. 121) Schiappa neemt ten aanzien van dit fragment de stelling in dat Protagoras met het begrip ‘maat’ iets als een gezichtspunt of referentiekader in de filosofie introduceert.<sup>12</sup> Twee extra inzichten spelen hier een rol. Het eerste is dat mensen niet alle kanten van de werkelijkheid kunnen ‘meten’. Ze meten slechts een bepaalde kant, een bepaald kenmerk van de werkelijkheid. Het tweede inzicht is dat mensen onderling zodanig verschillen in belang, in karakter, in biologische bouw, dat ze niet dezelfde kanten of kenmerken van de werkelijkheid meten. Wanneer beide inzichten tezamen worden genomen, ontstaat zoiets als een gezichtspunt. Mensen meten verschillende aspecten of kanten van de werkelijkheid omdat zij andere gezichtspunten innemen en zij nemen andere gezichtspunten in omdat zij andere karakters, belangen, ideeën, hebben.

De these dat Protagoras het idee van gezichtspunt in de filosofie introduceert, wordt door Schiappa op twee argumenten gestoeld. Die argumenten zijn voor ons interessant, omdat ze iets duidelijk maken over de *flexibiliteit* van perspectieven: hoe gemakkelijk is het voor een persoon om een ander gezichtspunt in te nemen? Het eerste argument is de discussie over Protagoras’ kennistheorie in Plato’s *Theaetetus*. Het voorbeeld in die discussie is de windvlaag die koud en warm is. Dit voorbeeld is volgens Schiappa een authentiek voorbeeld dat Protagoras gebruikt heeft om zijn kennistheorie uit te leggen: de wind is koud *voor de een* en warm *voor de ander*. De wind is zelf veelzijdig, de wind heeft zowel koude als warme elementen. ‘[T]he wind is [...] both cold and not-cold even though only one of the two accounts (logoi) may be experienced by a single person at a single time.’ (Schiappa 1991, p. 130)<sup>13</sup>

Het tweede bewijs is een verhaal dat Plutarchus over Pericles en Protagoras vertelt. ‘A certain athlete had hit Epitimus the Pharsalian with a javelin, accidentally, and killed him, and Pericles [...] squandered an entire day discussing with Protagoras whether it was the javelin, or rather the one who hurled it, or the judges of the contests, that “in the strictest sense” ought to be held responsible for the disaster.’ (Plutarchus 1951, p. 105.) De discussie tussen Pericles en Protagoras is volgens Schiappa een voorbeeld van een perspectivistische discussie.

In fact, the answer to the problem could be any one of the three and be always right according to the point of view—and so according to the person to whom the problem has been submitted. To a doctor the best answer (*orthos logos*) would be the javelin; to a judge in a law court the best answer would be the person who threw it; and to an administrator the best answer would be the supervisor. No single answer can be judged correct in any abstract or absolute sense but only relative to the needs and interests of people directly involved in the experience. The answer is not arbitrary nor merely conventional; it is

<sup>12</sup> ‘[A] rudimentary notion of frame of reference’, Schiappa 1991, p. 125.

<sup>13</sup> Deze objectivistische of perspectivistische interpretatie van Protagoras heeft verschillende aanhangers, zie Schiappa 1991, pp. 130 en 133. Onder sommige filosofen en filologen heerst echter een subjectivistische, relativistische interpretatie. Het valt buiten het proefschrift hierop verder in te gaan.



'objectively correct' according to each frame of reference. (Schiappa 1991, p. 126)

In dit voorbeeld zien we dat er drie beschrijvingen van het ongelukkige voorval mogelijk zijn. De werkelijkheid kan op drie manieren worden gemeten. In dit voorbeeld komt mooi naar voren dat het afhangt van het professionele *belang* welke maat de juiste is (*orthos logos*). Wanneer het belang is recht te spreken, dan is de passende beschrijving dat de werper (of de wedstrijdleiding?) schuldig is. Wanneer het erom gaat de dood geneeskundig te beschrijven, dan is de passende beschrijving kennelijk dat de speer met grote snelheid het lichaam binnendrong. Wat de jurist dan wel de patholoog 'ziet' dat er gebeurd is, wordt bepaald door het professionele belang, het professionele gezichtspunt dat ze innemen.

In Friedrich Nietzsches essays en aforismen wordt de nadruk vooral gelegd op de invloed die de affecten, de gevoelens, van een persoon hebben op het perspectief waarin die persoon de wereld ziet. Nietzsches perspectivisme wordt daarom ook wel *affectief* perspectivisme genoemd.<sup>14</sup> Behalve de affecten vallen bij hem ook de belangen van een persoon tot de bepalende factoren van een gezichtspunt. (Owen 1995, pp. 32-33) Wat dit laatste betreft, is vooral Nietzsches beroemde kritiek op het Verlichtingsideaal van belangeloze kennis, van 'kennis op zichzelf' treffend:

Want, mijne heren filosofen, laten we voortaan beter oppassen voor de gevaarlijke oude begripsfabel, die een 'zuiver, willoos, pijnloos, tijdeloos kensubject' postuleerde, laten we oppassen voor de vangarmen van contradictoire begrippen als 'zuivere rede', 'absolute geest', 'kennis op zichzelf'; —hier wordt steeds een denkactiviteit verlangd van een oog, dat zelf niet gedacht kan worden, een oog welks blik totaal geen richting mag hebben, waarbij de actieve en interpreterende krachten gestremd, afwezig moeten zijn die het zien tot een iets-zien maken, hier wordt dus steeds een ongerijmdheid en domheid van het oog verlangd. Er is alleen maar perspectivistisch zien, alleen maar een perspectivistisch 'kennen'; en hoe meer affecten we betreffende een zaak laten meespreken, hoe meer ogen, verschillende ogen, we voor dezelfde zaak weten te gebruiken, des te vollediger zal ons 'begrip' van deze zaak, onze 'objectiviteit' zijn. Maar het elimineren van iedere wil, het uitschakelen van alle affecten zonder uitzondering, aangenomen dat we dat zouden kunnen: hoe nu? Zou dat geen castratie van het intellect betekenen? ... (Nietzsche 1980, essay 3, par. 12)

We herkennen in dit citaat heel duidelijk het modelleren van kennen als zien. En uit de kritiek op het ideaal van 'kennis op zichzelf' valt op te maken dat volgens Nietzsche aanschouwing altijd door een belang wordt gestuurd. Nietzsche voegt twee inzichten toe aan het perspectivisme van Protagoras. De eerste is dat het kennen van een onderwerp pas *mogelijk* wordt wanneer we een belang in dat onderwerp hebben. De werkelijkheid is zo rijk aan aspecten, we hebben een belang nodig om elementen naar voren te halen, orde te scheppen in de chaos. De tweede toevoeging van Nietzsche is zijn perspectivistische invulling van

<sup>14</sup> Zie voor een analyse Owen 1995, p. 32.

objectiviteit. Objectiviteit opgevat als kennis op zichzelf, als zuivere, zekere, belangeloze kennis, is volgens Nietzsche onmogelijk. Omdat elke kennis het resultaat is van een bepaald belang in een onderwerp, wordt voor de perspectivist objectiviteit bereikt in de mate waarin het onderwerp vanuit *verschillende* gezichtspunten wordt bekeken, in de mate waarin van perspectief wordt gewisseld ('hoe meer ogen, verschillende ogen...'). Objectiviteit is hier dus een gradueel begrip: men kan meer en minder objectief zijn, al naar gelang het aantal gezichtspunten dat men inneemt.

Laten we terugkeren naar onze vragen. Wat zou een perspectiefverschil kunnen betekenen voor de kwaliteit van het debat? Zouden personen die heel verschillende gezichtspunten innemen toch goed met elkaar kunnen debatteren? Het antwoord zal afhangen van hoe gemakkelijk of gebruikelijk het is om het ene gezichtspunt te wisselen voor het andere. Op basis van de inzichten en voorbeelden van Protagoras en Nietzsche kunnen we twee kanten op redeneren. Aan de ene kant lijkt het moeilijk een ander perspectief in te nemen. Het voorbeeld van de warme en koude wind suggereert dat een persoon als het ware 'vastzit' aan zijn eigen gezichtspunt. Maar Protagoras' debat met Pericles impliceert dat een debat mogelijk is (al duurde dat debat volgens Plutarchus een dag—een slecht teken?) en Nietzsches opvatting van objectiviteit betekent dat een persoon verschillende gezichtspunten kan innemen (of zou dat ideaal onhaalbaar zijn?). Het is denk ik niet mogelijk deze kwestie op basis van enkele filosofische inzichten en voorbeelden te beslechten. Er bestaat ook praktisch onderzoek naar perspectiefverschillen. Op basis daarvan kunnen we denk ik nog wat beter inschatten of er een kans bestaat dat de kwaliteit van het debat over juridisering beïnvloed wordt door een mogelijk verschil in perspectief.

#### 4.5 'Generative metaphor'

Donald Schön heeft onder andere onderzoek gedaan naar overheidsbeleid met betrekking tot verpauperde wijken in de Verenigde Staten. Eén van zijn conclusies is dat perspectieven een belangrijke rol spelen bij het definiëren van het probleem dat het beleid dient te verminderen en dus bij het vormgeven van het beleid zelf. (Schön 1979, p. 255) Ook Schön beweert dat perspectieven nodig zijn om überhaupt iets te kunnen zien. Zo gauw we iets in perspectief zien, schrijft Schön, zo gauw we de ingewikkelde, onzekere, onbepaalde werkelijkheid in een eenvoudig soort van model of kader ('frame') vangen, wordt het mogelijk een probleem te definiëren en een oplossing aan te dragen. (Schön 1979, p. 266, Rein en Schön 1986, p. 4) Interessant is dat Schön laat zien dat in de praktijk een *metafoor* de belangrijke rol vervult een perspectief of 'frame' te ontvouwen. (Schön 1979, p. 256) Deze metaforen genereren perspectieven (het zijn 'generative metaphors').

En, belangrijk voor onze vraag, dat doen ze volgens Schön vaak onbewust. Als een perspectief is ontstaan, door een metafoor aan een ingewikkelde situatie op te leggen, ligt de probleemdefinitie en de oplossing (het beleid) ineens voor de hand. 'The diagnosis and the prescription will seem obvious.' (Schön 1979, p. 266) Dat is volgens Schön een gevaar omdat dan de



kosten en baten van alternatieve oplossingen niet meer zichtbaar zijn. Maar die inschatting is alleen juist als de betrokkenen zich niet bewust zijn van de metafoor, en daarmee van het gezichtspunt dat ze innemen. En dat is volgens Schön ook het geval:

In order to dissolve the obviousness of diagnosis and prescription in the field of social policy, we need to become aware of, and to focus attention upon, the generative metaphors which underlie our problem-setting stories. However, this is not so easy as it sounds, for generative metaphors are ordinarily tacit. Often we are unaware of the metaphors that shape our perception and understanding of social situations. (Schön 1979, pp. 266-267)

Die bewering vindt steun in de vele casussen die in het werk van Schön (en zijn collega Martin Rein) worden behandeld. Schön en Rein hebben ruime ervaring in de organisatieadvies- en beleidsadviespraktijk.<sup>15</sup> Die ervaring heeft hen ertoe geleid een methode te ontwikkelen om beleidscontroversen op te lossen. Beleidscontroversen zijn langdurige beleidsconflicten die hun hardnekkige karakter hebben te danken aan de tegengestelde metaforen of frames die aan het conflict ten grondslag liggen, waardoor het conflict niet door empirische studies kan worden beslecht omdat vanuit beide metaforen andere feiten relevant worden geacht. (Schön 1979, p. 269) Beleidscontroversen kunnen worden opgelost, volgens Schön en Rein, wanneer de strijdende partijen zich bewust worden van het eigen frame en bereid zijn de situatie te bekijken door het frame van de andere partij. Na deze fase van 'frame reflection' moeten de partijen op zoek naar een (derde) frame dat zij beiden kunnen ondersteunen en van waaruit een oplossing van het beleidsconflict mogelijk wordt.<sup>16</sup>

De conclusie die op basis van het onderzoek van de Amerikaanse wetenschappers Schön en Rein kan worden getrokken, is dat we er niet maar zo vanuit mogen gaan dat de strijdende partijen in een controversie zich altijd bewust zijn van de gezichtspunten die zij op het controversiële verschijnsel innemen en dus op het perspectiefverschil dat er tussen de partijen bestaat. Wat het juridiseringsdebat betreft moeten we er rekening mee houden dat de partijen het verschijnsel juridisering in verschillende frames of perspectieven aanschouwen (dat is goed mogelijk omdat zij beroepshalve immers verschillende belangen behartigen), *terwijl zij zich daar niet bewust van zijn*. Dáárom is het mogelijk dat er misverstanden optreden. Als juridisering in verschillende perspectieven wordt gezien en dat niet wordt erkend, ligt bijvoorbeeld het misverstand voor de hand dat de deelnemers over een ander aspect van juridisering spreken, zonder dat ze dit beseffen. Dergelijke misverstanden kunnen inhouden dat partijen niet deugdelijk kunnen beredeneren dat hun oordeel beter is dan dat van de andere partij, want ze begrijpen het oordeel van die andere partij niet goed.

Welke consequentie heeft dit voor het onderzoek? De consequentie is dat ik rekening moet houden met de mogelijkheid dat de partijen onvoldoende

<sup>15</sup> Volgens Hertogh, Raat en Witteveen 1998, p. 114.

<sup>16</sup> Schön en Rein 1994. Zie ook de weergave van Hertogh, Raat en Witteveen 1998, p. 116.

het vermogen hebben met elkaar te debatteren zodat een goed politiek debat onwaarschijnlijker wordt.<sup>17</sup> Ik wil in het onderzoek daarom proberen in te schatten of die oorzaak er daadwerkelijk is. Ik moet dan eerst vaststellen of er verschillende perspectieven bestaan, en zo ja, of er bewijs is dat dit verschil in perspectief misverstanden oplevert, waardoor de kwaliteit van het debat onmogelijk hoog kan zijn. De vraag die mij in deze paragraaf nog rest, is aan te geven hoe ik het bestaan van perspectieven controleerbaar kan vaststellen.

#### 4.6 *Perspectieven vaststellen: metaforen reconstrueren*

In het debat over juridisering is het innemen van verschillende gezichtspunten alleen zichtbaar wanneer die perspectieven zich openbaren in het taalgebruik van de deelnemers. Welk taalgebruik geeft vooral informatie over het perspectief dat wordt ingenomen? Het onderzoek van Schön en Rein geeft ons reden op zoek te gaan naar beeldspraak. Schön en Rein hebben laten zien dat de *metafoor* die een perspectief opent, sporen nalaat in het taalgebruik.<sup>18</sup>

Metaforen openen een perspectief omdat zij een onbekend, abstract iets voorstellen als iets bekends, tastbaar(der)s.<sup>19</sup> Metaforen zijn dus te beschouwen als een soort van modellen, als een vereenvoudigde weergave van iets. De vereenvoudiging is te beschouwen als een selectie—en dat is ook precies wat een perspectief is: een selectie. Vanuit een bepaald gezichtspunt wordt de aandacht op slechts enkele zaken gericht. Andere zaken zijn vanuit dat gezichtspunt niet zichtbaar. Ik leg nu uit waarom het mogelijk is metaforen zo op te vatten.

<sup>17</sup> Ik reken dus het reflecteren op het eigen perspectief en op dat van de tegenstander in een debat niet tot de *inspanningen* die de deelnemers aan een debat normaliter behoren te leveren. Als 'frame-reflection' een gangbare praktijk was geweest in het politieke en bestuurlijke leven, zou ik het reflecteren op het eigen perspectief en dat van de tegenstander daar wel toe moeten rekenen.

<sup>18</sup> Zie bijvoorbeeld Schön 1979, p. 263. Overigens is het volgens Schön en Rein wel mogelijk dat de metaforen die we in debatten vinden andere zijn dan de metaforen die het handelingsperspectief van de partijen openen. Schön en Rein maken een onderscheid tussen 'rhetorical frames' en 'action frames'. Retorische frames hebben de functie overtuigende redeneringen mogelijk te maken, terwijl handelingsframes de functie hebben de dagelijkse praktijk te verklaren. (Schön en Rein 1994, p. 32) Voor ons onderzoek is dit onderscheid niet van belang. Het maakt niet uit of de perspectieven die de partijen veronderstellen retorisch zijn of niet, als het eventuele verschil tussen de perspectieven van de partijen maar tot geen misverstanden leidt. Als bijvoorbeeld de handelingsperspectieven verschillen en de retorische perspectieven niet, dan betekent dit dat de partijen een gemeenschappelijk perspectief hebben met behulp waarvan zij over verschijnselen als juridisering kunnen spreken. Uiteraard bestaat het gevaar dat de retorische frames zo sterk verschillen van de handelingsframes dat problemen verkeerd worden gerepresenteerd in debatten. In Wolthuis 2000 suggereer ik dat dit geldt voor het juridiseringsdebat.

<sup>19</sup> Schön vat een generatieve metafoor op als product en proces: "[M]etaphor" refers both to a certain kind of product—a perspective or frame, a way of looking at things—and to a certain kind of process—a process by which new perspectives on the world come into existence.' (Schön 1979, p. 254)



Een metafoor is volgens klassieke retorici een soort impliciete vergelijking.<sup>20</sup> Quintilianus zegt het zo: 'Het is een vergelijking wanneer ik zeg dat een man iets als een leeuw heeft gedaan, een metafoor wanneer ik over een man zeg dat hij een leeuw is.' (Quintilianus 2001, p. 428) Door iets met iets anders aan te duiden, wordt de aandacht gericht op de overeenkomsten tussen het ene en het andere, zonder dat het ene aan het andere wordt gelijkgesteld. Een man *is* natuurlijk geen leeuw. Door een man een leeuw te noemen, worden die eigenschappen van een leeuw geselecteerd, die van toepassing zouden kunnen zijn op de man in kwestie (moed, kracht, luiheid, manen?).<sup>21</sup> Op die manier lijkt een metafoor dus op een model, al zal de 'ordenende' werking van de ene metafoor wat sterker zijn dan die van de andere (en zullen sommige bijna alleen een 'ornamentele' werking hebben).<sup>22</sup> In de hoofdstukken hierna zal duidelijk worden dat in de bijdragen aan het debat over juridisering bepaalde metaforen van juridisering worden verondersteld. De metafoor die een partij gebruikt, structureert al in zekere zin de beschrijving en beoordeling van juridisering. De metafoor selecteert immers bepaalde eigenschappen van juridisering (en bepaalde eigenschappen juist niet).

Over metaforen is veel geschreven, maar er zijn weinig onderzoekers die op een controleerbare wijze op metaforen hebben *gejaagd*. Enige bekendheid heeft het boek *Metaphors we live by* (1980) van de Amerikaanse taalfilosofen George Lakoff en Mark Johnson.<sup>23</sup> Lakoff en Johnson richten zich in dit boek op de ordenende metaforen (dus niet de metaforen die alleen een ornamentele werking hebben) die schuilgaan in het dagelijks taalgebruik. Waarom gaan die metaforen schuil in het taalgebruik? Omdat we ze doorgaans niet, in tegenstelling tot metaforen waarmee we de taal willen verfraaien, bewust gebruiken. Het zijn ordenende metaforen waarvan we vergeten zijn dat het metaforen zijn,<sup>24</sup> maar die niettemin (of juist daardoor) onze verbeelding van voornamelijk abstracte verschijnselen sturen.<sup>25</sup> Het eerste voordeel van Lakoff en Johnsons methode is daarmee dat er iets onthuld wordt. Het tweede voordeel

<sup>20</sup> 'We must give names to things that have none, by deriving the metaphor from what is akin and of the same kind, so that, as soon as it is uttered, it is clearly seen to be akin [...].' (Aristotle 1926, p. 359)

<sup>21</sup> Zie voor een uitgebreide toelichting over de 'interactie' tussen beide termen (man en leeuw): Black 1962, p. 41.

<sup>22</sup> Zie over ordenende metaforen en ornamentele metaforen: Witteveen 1988, hoofdstuk vii.

<sup>23</sup> In Nederland heeft Witteveen veel ordenende metaforen ontmaskerd. Zie bijvoorbeeld Witteveen 2000 voor metaforen van de staat.

<sup>24</sup> Men spreekt ook wel van dode metaforen, maar dat doe ik hier niet omdat dode ordenende metaforen een wat vreemde 'mix of metaphors' is. Over dode metaforen schrijft bijvoorbeeld Rorty in *Contingency, irony, and solidarity* (1989) (in overigens een mooie metafoor): 'Davidson lets us think of the history of language, and thus of culture, as Darwin taught us to think of the history of the coral reef. Old metaphors are constantly dying off into literalness, and then serving as a platform and foil for new metaphors.' (p. 16)

<sup>25</sup> Het woord 'verschijnsel' is in veel gevallen niet zo'n goede metafoor, want ten aanzien van abstracte verschijnselen (denk aan 'staat' of 'recht') *verschijnt* er pas iets (voor het geestesoo) als er een metafoor wordt gemaakt (de staat is een machine, het recht is een grens).

is dat de onthulling gestaafd wordt door de uitdrukkingen die de metafoor veronderstellen. Hun methode maakt de reconstructie van metaforen dus ook controleerbaar. Ik geef een voorbeeld uit het boek. Wanneer we spreken over de liefde, dan gebeurt dit volgens Lakoff en Johnson soms in termen van gekte (in de Verenigde Staten van Amerika althans):

LOVE IS MADNESS

I'm *crazy* about her.

She *drives me out of my mind*.

He constantly *raves* about her.

He's gone *mad* over her.

I'm just *wild* about Harry.

I'm *insane* about her. (Lakoff en Johnson 1980, p. 49)

Behalve dat we hier de zojuist genoemde voordelen zien van hun methode, valt ook de ordenende, selectieve werking van de metafoor op. Als we liefde beschrijven als een gekte, dan komt een bepaald aspect van liefde (misschien vooral van verliefdheid?) aan de oppervlakte. Andere aspecten van liefde blijven nu echter buiten beschouwing. Het selectieve van de metafoor wordt meteen duidelijk wanneer we een (iets) andere metafoor van liefde/verliefdheid bekijken:

LOVE IS MAGIC

She *cast her spell* over me.

The *magic* is gone.

I was *spellbound*.

He has me *in a trance*.

I was *entranced* by him.

I'm *charmed* by her.

She is *bewitching*. (Lakoff en Johnson 1980, p. 49)

Op dezelfde wijze zal ik in de komende hoofdstukken bij elke partij en bij het publiek de ordenende metaforen reconstrueren die hun beweringen veronderstellen. Het doel van de reconstructie is, zoals gezegd, het achterhalen van de gezichtspunten of perspectieven die de deelnemers innemen op het verschijnsel van de juridisering in het openbaar bestuur, om zo te kunnen bepalen of er sprake is van een verschil in perspectief en zo ja, of dit verschil in perspectief misverstanden oplevert. Als het antwoord uiteindelijk ontkennend is, is er geen reden om de kwaliteit van het debat niet terug te voeren op de inspanningen van haar deelnemers.



## *Bestuur in geding*

Nu duidelijk is wat de kenmerken zijn van een goed politiek debat (hoofdstuk 4) en wat de manier is waarop de aanwezigheid van die kenmerken kan worden vastgesteld (hoofdstuk 5), is het mogelijk te onderzoeken of het debat over juridisering de kenmerken van een goed politiek debat heeft. Omdat de kenmerken van een goed politiek debat te maken hebben met overtuigingsmiddelen (er moet deugdelijk geredeneerd worden en het publiek moet de andere overtuigingsmiddelen herkennen), bestaat de kern van elk van de komende hoofdstukken uit een beschrijving van de overtuigingsmiddelen die de deelnemers gebruiken. Die beschrijving wordt gevolgd door een reconstructie van de metaforen die de deelnemers veronderstellen en voorafgegaan door een overzicht van de publicaties en een onderzoek naar de rolverdeling. Omdat dit het eerste hoofdstuk is over het debat, schets ik eerst de inhoudelijke achtergrond van het debat: de Algemene wet bestuursrecht.

### **1 De inhoudelijke achtergrond: de Algemene wet bestuursrecht**

Het debat over juridisering in het openbaar bestuur is een politiek debat. De wet die in het debat centraal staat is de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

#### *1.1 De wet en de evaluatie*

De Algemene wet bestuursrecht is op 1 januari 1994 in werking getreden. Het doel van de wet is onder andere de eenheid binnen de bestuursrechtelijke wetgeving te bevorderen, de bestuursrechtelijke wetgeving te systematiseren en te vereenvoudigen en de ontwikkelingen in de bestuursrechtelijke jurisprudentie te codificeren.<sup>1</sup> Inderdaad is het *probleem* dat de wetgever wilde oplossen het gebrek aan eenheid en systematiek in het bestuursrecht.<sup>2</sup> Het ambitieuze project heeft ertoe geleid de Awb in gedeelten ('tranches') in te voeren. In 1994 traden de eerste twee tranches in werking.<sup>3</sup> Ik ga zodadelijk in op enkele artikelen die in het debat over juridisering een belangrijke rol spelen.

In 1997 wordt de Awb door het parlement geëvalueerd. De commissie die de parlementaire evaluatie voorbereidt, concludeert over juridisering dat dat

<sup>1</sup> *Kamerstukken II*, 1988-89, 21 221, nr. 3, p. 4.

<sup>2</sup> Zie hierover en over eerdere pogingen eenheid te scheppen bijvoorbeeld Verheij 1995, pp. 12 en 13.

<sup>3</sup> De derde en vierde tranches traden later dan het begin van het debat in werking en spelen in het debat geen rol.

verschijnsel voor een groot deel 'een gevolg [is] van bewust gewilde en positief te waarderen politieke keuzen.'<sup>4</sup> Juridisering is 'het onvermijdelijke gevolg van rechtsstatelijk bestuur'. De Awb is volgens de commissie een poging de juridisering tegen te gaan en biedt mogelijkheden voor de rechter om de juridisering te verminderen. De Commissie adviseert dat bestuursrechters geschillen tussen bestuurders en burgers 'inhoudelijk en definitief' beslechten.

Welke onderdelen van de Awb zijn nu voor het debat van belang? Vooral de normen voor besluiten van bestuursorganen en het procesrecht worden ter discussie gesteld. Van de onderstaande vijf punten hebben de eerste drie betrekking op de toegang van de burger tot de bestuursrechter. Het vierde heeft betrekking op de beginselen van behoorlijk bestuur en het vijfde betreft de opstelling van de bestuursrechter.

### 1.2 *Reorganisatie van de rechterlijke macht*

De eerste verandering die de Awb teweeg brengt, is dat burgers nu in beroep gaan bij de rechtbanken—die hiervoor zijn uitgebreid met afdelingen bestuursrecht. Er is hoger beroep mogelijk bij de Centrale Raad van Beroep in ambtenaren- en sociale zekerheidszaken en bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in andere gevallen (denk aan zaken betreffende ruimtelijke ordening en milieu). Vóór de Awb was in dit laatste type zaken alleen beroep mogelijk bij de Raad van State. De Awb schuift er dus een instantie tussen; de bestuursrechtspraak wordt er toegankelijker door.

### 1.3 *Besluit*

Een besluit is een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling (art. 1:3 lid 1 Awb). Vóór de Awb kon een burger bij de Raad van State in beroep tegen beschikkingen. Een beschikking is een besluit dat niet van algemene strekking is (art. 1:3 lid 2 Awb). De Awb regelde ten tijde van het debat dat, enkele jaren na de inwerkingtreding, ook beroep tegen besluiten inhoudende algemeen verbindende voorschriften mogelijk zou worden. Dit betekent dat burgers en belangengroepen tegen onder andere gemeentelijke en provinciale verordeningen in beroep kunnen gaan. De Awb hield wat dit betreft dus een (toekomstige) uitbreiding van het beroep bij de rechter in. Inmiddels is dit artikel, wellicht mede door het juridiseringsdebat, uit de Awb verwijderd.

### 1.4 *Belanghebbende*

Niet elke burger kan tegen een besluit beroep aantekenen. Dat kan alleen een burger wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken (art. 1:2 lid 1

<sup>4</sup> Commissie Evaluatie Awb, *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1994-1996*, 's-Gravenhage, 18 december 1996, 84. De citaten in deze alinea zijn alle uit pagina's 84 en 85 van dit rapport. In hoofdstuk 8 besteed ik uitgebreider aandacht aan het rapport.



Awb). Belangengroepen zijn belanghebbenden wanneer het belang waarvoor zij opkomen, rechtstreeks bij een besluit is betrokken. Art. 1:2 lid 3 Awb regelt dit. De Awb breidt de toegang tot de bestuursrechter hier overigens niet uit: het artikel is een codificatie van jurisprudentie. (Verheij 1992, p. 165)

### 1.5 *Beginselen van behoorlijk bestuur*

In hoofdstuk 3 van de Awb zijn 'handelingsnormen' (Verheij 1992, p. 168) voor het bestuur opgenomen. Deze normen zijn codificaties van enkele van de—in rechtspraak ontwikkelde—'beginselen van behoorlijk bestuur'.

De beginselen van behoorlijk bestuur hebben betrekking op de 'beleidsvrijheid' waarover het bestuur beschikt bij het uitvoeren van wetten. (Helder 1993, pp. 85-93) Het bestuur is al lang niet meer te beschouwen als enkel de uitvoerende macht. Bij het uitvoeren van een wettelijke taak heeft het bestuur vaak vrijheid. Deze vrijheid houdt niet in dat het bestuur, als het maar binnen de grenzen van de wet blijft, kan doen wat het wil. Het bestuur is gebonden aan beginselen van behoorlijk bestuur. Deze beginselen houden onder meer in dat het bestuur met *beleid* beslist en dat dit beleid redelijk is en zorgvuldig wordt uitgevoerd. Rechters hebben de beginselen van behoorlijk bestuur de afgelopen anderhalve eeuw in hun uitspraken ontwikkeld. Sommige van de beginselen zijn omstreden.

Van de beginselen die in de Awb zijn gecodificeerd, is het verbod van misbruik van bevoegdheid niet omstreden. Dit beginsel houdt in dat een bevoegdheid tot het nemen van een besluit niet voor een ander doel mag worden gebruikt dan waarvoor die bevoegdheid is verleend (art. 3:3 Awb).

Wel controversieel is het zogeheten 'verbod van willekeur'. Dit beginsel drukt uit dat een besluit niet onredelijk, niet willekeurig, mag zijn. Omdat de vraag of een beleid of besluit redelijk is, een bestuurlijke vraag is, is een besluit alleen in strijd met dit beginsel wanneer het besluit echt *onredelijk* is. Het willekeurbeginsel is in de Awb in twee normen neergelegd (Verheij 1992, p. 168): (1) het bestuursorgaan weegt de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af (art. 3:4 lid 1 Awb), (2) waarbij de voor één of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen (art. 3:4 lid 2 Awb). Dat de rechter niet de redelijkheid mag beoordelen, kan worden opgemaakt uit de dubbele ontkenning (niet onevenredig). Op 9 mei 1996 geeft de Raad van State aan dat de wetgever met dit tweede lid de toetsing van de bestuursrechter niet heeft willen uitbreiden ten opzichte van de voor de Awb geldende wet Arob: '[Het] is niet de bedoeling dat de rechter gaat beoordelen, welke nadelige gevolgen nog wel en niet meer evenredig zijn, of dat de rechter gaat uitmaken welke uitkomst van de belangenafweging als het meest evenwichtig moet worden beschouwd.'<sup>5</sup>

<sup>5</sup> De uitspraak (JB 1996, 158) is onder andere becommentarieerd in *Ars Aequi*. Zie Van der Vlies 1997.

In de Awb zijn verder het zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:2 Awb: Bij de voorbereiding van een besluit vergaart het bestuursorgaan de nodige kennis omtrent de relevante feiten en af te wegen belangen) en het motiveringsbeginsel (art. 3:46 Awb: een besluit dient te berusten op een deugdelijke motivering) gecodificeerd. Hoewel de rechter aan de hand van deze beginselen ook een inhoudelijk oordeel over de bestuurlijke beslissing zou kunnen vellen, spelen deze beginselen bijna geen rol in het debat.

## 1.6 Rechterlijke attitude

De Awb regelt uiteraard ook de gang van zaken bij het beroep. Voor het juridiseringsdebat is van belang dat de rechter de bevoegdheid heeft om vormfouten te 'passeren'. Volgens art. 6:22 Awb kan een besluit waartegen beroep is ingesteld, ondanks schending van een vormvoorschrift, door het beroepsorgaan in stand worden gelaten, indien blijkt dat de belanghebbenden door die schending niet zijn benadeeld. De Awb geeft de rechter ook instrumenten om rechtszaken sneller en eenvoudiger te laten verlopen (afdelingen 8.2.3 en 8.2.4 Awb). Ook kan de rechter, bij een onrechtmatig besluit, zijn uitspraak in de plaats stellen van het vernietigde besluit (art. 8:72 Awb). Het bestuursorgaan neemt dan geen besluit meer en bestuur en burger weten direct wat hun rechten en plichten zijn. Al deze bepalingen spelen een rol in het debat.

## 2 Publicaties van bestuurders

### 2.1 De afbakening van het debat

Wat is het begin van het debat? Bij een gereguleerd debat is dit duidelijk; dat begint wanneer de eerste spreker het woord krijgt. Bij een politiek debat dat niet geordend wordt door een reglement van orde of een procesrecht, en ook geen voorzitter kent, is dit anders. Iedereen kan het woord proberen te nemen, bijvoorbeeld door een opinie te sturen naar een krant of een tijdschrift. Wanneer de opinie wordt gepubliceerd, kan pas na verloop van tijd worden vastgesteld of zij tot tegenspraak heeft geleid—en dus tot debat. Het ligt dus voor de hand een (deels ongeordend) politiek debat te laten beginnen met de eerste rede waarop wordt gereageerd. In het juridiseringsdebat is dit de nieuwjaarstoespraak op 5 januari 1996 van de commissaris van de Koningin te Noord-Holland, J.A. van Kemenade.<sup>6</sup> Op deze rede reageren onder andere Hirsch Ballin en Boukema in het derde en vierde nummer van het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*.

Ik laat het debat eindigen met het mondelinge overleg tussen de ministers van Binnenlandse Zaken en Justitie en de vaste kamercommissies van

<sup>6</sup> Inmiddels is Van Kemenade geen CdK meer in Noord-Holland. Voor veel van de deelnemers in het debat geldt dat zij inmiddels andere functies vervullen dan destijds. Toch zal ik niet steeds spreken van 'de voormalige CdK' etcetera, met het oog op de leesbaarheid van het proefschrift.



Binnenlandse Zaken en Justitie. Die keuze betekent niet dat daarna niet meer over juridisering wordt gedebatteerd. Integendeel. Tot op de dag van vandaag is het terugdringen van de hoeveelheid regels een speerpunt van het kabinet. In dit proeschrift beperk ik me tot het debat over juridisering zoals dat werd gevoerd in de tweede helft van het laatste decennium van de vorige eeuw tussen bestuurders en rechters vóór de wetgever. Het mondelinge overleg is een natuurlijk eindpunt van dat (deel van het) debat over juridisering.

## 2.2 *Van Kemenades nieuwjaarstoespraak*

De rede begint met de ‘gebrekkige’ werking van de democratie en spitst zich vervolgens toe op één gebrek: de ‘juridificering van de overheid en van het overheidshandelen.’ (Van Kemenade 1996, p. 3) Onder het begrip juridificering verstaat Van Kemenade ‘het proces, waarbij de overheid enerzijds de pretentie heeft de samenleving te ordenen door minutieuze regelgeving voor alle gevallen in alle omstandigheden en anderzijds mede daardoor steeds meer voorwerp wordt van juridische toetsing in bezwaar- en beroepsprocedures, tot aan de rechterlijke macht toe.’ (p. 3) Juridificering—men zal later vooral spreken van juridisering—heeft volgens hem twee aspecten. In de eerste plaats is er sprake van een dermate hoge ‘regeldichtheid’ dat de overheid niet flexibel kan handelen. (p. 4) In de tweede plaats is er een ‘keten’ van procedures ontstaan die, net als de ‘regeldichtheid’, het gevolg heeft dat de overheid niet goed kan besturen: de ‘slagvaardigheid van het openbaar bestuur’ wordt verminderd. (p. 4) Maar de proceduregroei heeft ook als effect dat het ‘politieke primaat’ wordt ‘uitgehouden’. (p. 5) Dit laatste lijkt Van Kemenade het meest belangrijk te vinden: de Nederlandse democratie werkt volgens hem gebrekkig omdat de bestuursrechter de belangenafweging van het bestuur ‘overdoet’. (p. 6) Dit is volgens Van Kemenade een democratisch probleem omdat de afweging van belangen ‘de essentiële taak van de vertegenwoordigende democratie’ is.

## 2.3 *Brokx’ congresrede*

Op 7 november 1996 vindt een congres plaats, op initiatief van de gemeente Tilburg, onder de titel ‘Openbaar bestuur in de knel door rechtspraak?’. Het centrum voor procesrecht van het Schoordijk Instituut van de Katholieke Universiteit Brabant organiseert het congres. De toespraken zijn gepubliceerd in het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*. De burgemeester van Tilburg, G. Ph. Brokx, houdt de eerste rede. Brokx beantwoordt de vraag waar het congres om draait bevestigend: in het algemeen zit volgens hem het openbaar bestuur inderdaad in de knel. (Brokx 1997, p. 2) Brokx lijkt dan vooral de complexiteit van de regels voor ogen te hebben. ‘[A]fzonderlijke zaken zijn [...] al zo ingewikkeld geworden dat in gewone mensentaal bijna niet meer uit te leggen valt waar het om gaat.’ (p. 2) En ook de precisie van de regels is volgens Brokx doorgeschooten. ‘Veel kostbare tijd van bestuurders wordt vermorst met detailbeslommeringen die feitelijk niet ter zake doen.’ (p. 2) Het bestuur komt vervolgens in de knel omdat burgers het bestuur tegenwerken. ‘[Z]e vinden

daarbij willige juristen en wel zeer onafhankelijk opererende rechters aan hun zijde.’ (p. 4) Bestuurders maken juridische fouten en dat is ze niet altijd aan te rekenen omdat het recht zo ingewikkeld is. Brokx vindt het ‘logisch’ dat rechters ‘in het gat moeten springen dat bestuurders laten vallen’. Maar ‘rechters moeten zich in beginsel niet in de plaats stellen van bestuurders.’ (p. 4)

#### 2.4 *De gekooide overheid*

Een jaar na de nieuwjaarstoespraak houdt Van Kemenade een rede voor de leden van de rechterlijke macht van de rechtbanken te Alkmaar en Haarlem (9 januari 1997). Deze rede vormt de basis voor een artikel in *Openbaar bestuur* onder de titel ‘De gekooide overheid’. Van Kemenade bouwt voort op de nieuwjaarstoespraak van een jaar ervoor. Wat Van Kemenade aan de nieuwjaarsrede toevoegt, is een reeks van aanbevelingen (Van Kemenade 1997, pp. 6-7), die pas in *Bestuur in geding* precies wordt uitgewerkt. Om herhaling te voorkomen, noem ik ze bij de behandeling van dit rapport.

#### 2.5 *Versteden*

C.J.N. Versteden, griffier van de Staten Noord-Holland, schrijft in het themanummer ‘Juridisering’ van het *Nederlands Juristenblad* een artikel waarin hij, anders dan Van Kemenade, ook aandacht besteedt aan de beginselen van behoorlijk bestuur. De ontwikkeling van die beginselen wordt door Versteden als een ‘spinnen van een web [...] rondom het besturen’ gezien. Bestuursorganen zijn volgens hem onvoldoende op de hoogte van de precieze betekenis van de beginselen. ‘Voor het bestuur schuilt er [...] dus een flink element van rechtsonzekerheid in; en dit beheerst het besturen continu.’ (Versteden 1997, p. 945) Versteden verwerpt art. 3:4 lid 2 Awb. Volgens de griffier ‘betreft het hier een norm voor de waardering van belangen door het bestuur’. (p. 946) Het artikel verplicht de rechter, aldus Versteden, ‘zich tamelijk direct in de waardering en afweging van belangen door het bestuur’ te mengen. (p. 946)

#### 2.6 *Het rapport Bestuur in geding*

Het voorwoord van *Bestuur in geding* is geschreven door de voorzitter van de werkgroep inzake terugdringing van de juridisering van het openbaar bestuur, Van Kemenade, en komt grotendeels overeen met de tekst van ‘De gekooide overheid’. In het eerste hoofdstuk keert de werkgroep zich tegen de analyse van de Commissie Evaluatie Awb (zie paragraaf 1). De werkgroep stelt juist dat het probleem van de juridisering niet een ‘onvermijdelijk gevolg’ is. ‘Juridisering heeft actoren en er is een hoofactor, namelijk de wetgever.’ (Van Kemenade en Versteden 1997, p. 22) De juridisering van het openbaar bestuur is juist ontstaan, volgens de werkgroep, doordat het bestuursrecht is overgelaten aan een ‘incrowd’ van rechters en rechtsgeleerden. (p. 22) Rechters hebben een ‘dicht web van regels en normen rond het besturen gesponnen’. Dit web tast de ‘keuzevrijheid van het bestuur’ aan. (pp. 22-23)



In het tweede hoofdstuk onderscheidt de werkgroep drie aspecten van juridisering: (a) de 'overdaad' aan regels en (b) procedures, en (c) de taakopvatting van de rechter. Wat dit laatste betreft: (c1) de bestuurders vinden dat rechters een besluit niet moeten vernietigen wanneer er alleen vormfouten zijn gemaakt en (c2) dat rechters niet 'op de stoel van het bestuur' moeten gaan zitten. Dat laatste doet de rechter wanneer hij beslist 'dat de overheid een onjuiste belangenafweging heeft gemaakt'. (p. 31) Het derde hoofdstuk behandelt de gevolgen van juridisering voor het bestuur, de rechter, de rechtszoekende burger en de burgers die gebaat zijn met een besluit.

Vervolgens doet de werkgroep allerlei voorstellen. Die voorstellen werkt ze precies uit in de vorm van wetsartikelen. Ik noem hier enkele voorstellen die in het debat een rol gaan spelen.<sup>7</sup> De werkgroep stelt onder andere voor:

- (a) art. 3:4 lid 2 Awb te veranderen in het verbod van willekeur zoals dat in de jaren vijftig van de vorige eeuw in de jurisprudentie onder woorden werd gebracht;
- (b) de rechter de mogelijkheid te bieden ook overtredingen van inhoudelijke normen te 'passeren';
- (c) de bezwaarprocedure te schrappen wanneer er een inspraakprocedure heeft plaatsgevonden;
- (d) de rechter de mogelijkheid te bieden bij een gegrond beroep het besluit in stand te laten en de burger een schadevergoeding toe te kennen;
- (e) het bestuur de mogelijkheid te bieden het besluit tijdens een procedure te 'repareren' (de zogenoemde bestuurlijke 'lus');
- (f) geen beroep tegen besluiten inhoudende algemeen verbindende voorschriften mogelijk te maken;
- (g) alle procedures rond één besluitvormingsproces bij elkaar te voegen;
- (h) juristen binnen bestuurorganen meer bij de besluitvorming te betrekken, en
- (i) rechterlijke uitspraken aan een termijn te binden.

## 2.7 Na Bestuur in geding

Eind 1997 publiceert het Centrum voor Lokaal Bestuur van de Partij van de Arbeid een brochure getiteld *De Weegschaal van politiek en recht*. Auteur is F. de Zeeuw, lid van Gedeputeerde Staten van Noord-Holland. Volgens De Zeeuw is de verhouding tussen politiek en recht zoek. (De Zeeuw 1997b, p. 3) Ook hij vindt dat de wetgever de vormgeving van de bestuursrechtspraak 'teveel op zijn beloop heeft gelaten'. (6) De voorstellen die in de brochure staan, wijken niet sterk af van die in *Bestuur in geding*.

In een interview met *CD/Actueel* zegt De Vet, burgemeester van Leusden en ondertekenaar van *Bestuur in geding*, dat het hem vooral gaat om de 'efficiency' van de besluitvorming. (Hagelstein 1997, p. 12) In de reacties op *Bestuur in geding* gaat het volgens De Vet teveel over de verhouding tussen

<sup>7</sup> Voor de uitwerking verwijst ik naar paragraaf 4 van dit hoofdstuk en, natuurlijk, naar het rapport zelf.

bestuur en rechterlijke macht. 'Dat is niet de kern van ons verhaal,' zegt de burgemeester. 'Wij beogen een betere waarborging van de effectiviteit en legitimiteit van het openbaar bestuur.' (p. 13)

Op een bijeenkomst van het *Centrum van Lokaal Bestuur* wordt onder meer gesproken over het beeld dat burgers van het bestuur krijgen door de rechtszaken. Dat wordt gerelateerd aan het inhoudelijke oordeel van de rechter over het beleid van het bestuursorgaan. 'De meeste bestuurders vragen zich af hoe geloofwaardig zij nog zijn als beleid niet langer in de raadzaal maar in de rechtszaal gemaakt wordt,' schrijft verslaggever Renske Keur. (Keur 1998, p. 25)

In een reactie op een kritiek op *Bestuur in geding* voegen Van Kemenade en Verstedden aan hun eerdere bijdragen de analyse toe dat het bestuursrecht, waaronder de Awb, te eenzijdig is vormgegeven: het is 'rechtsbeschermingsrecht'. (Van Kemenade en Verstedden 1998, p. 275) 'Het bestuur wordt neergezet als een willekeurige machthebber waarvoor men moet oppassen en die men moet bestrijden, niet als een overheid met een democratische opdracht en onder democratische controle.' (p. 276)

## 2.8 Conclusie

De bestuurders bepleiten serieuze wijzigingen in de Awb. Ze keren zich in met name *Bestuur in geding* tegen de heersende mening—die onder andere is verwoord door de Commissie Evaluatie Awb—dat de Awb mogelijkheden biedt om juridisering tegen te gaan. De bestuurders benadrukken juist de juridiserende effecten van de Awb. De toegang tot de rechter moet worden verkleind en rechters moeten meer middelen krijgen om voor het bestuur gunstige beslissingen te nemen. Hierdoor zou het openbaar bestuur beter kunnen functioneren en zou de scheiding van machten kunnen worden hersteld.

## 3 Rolverdeling

De rolverdeling van een politiek debat dat zich deels niet volgens een reglement van orde voltrekt, moet steeds worden onderzocht. Ik zal in de komende hoofdstukken steeds proberen te achterhalen of er steun kan worden gevonden voor de rolverdeling die ik in hoofdstuk 3 heb gepresenteerd. In hoofdstuk 5 heb ik aangegeven dat de rolverdeling altijd betwistbaar is. Het enige dat we op basis van retorische inzichten over het type inleiding (direct of subtiel) kunnen inschatten, is het type publiek (gemakkelijk of moeilijk te overtuigen) dat een partij waarschijnlijk wenst te overtuigen.

De bestuurders willen uiteindelijk dat de Awb wordt aangepast, dus het ligt voor de hand dat zij hun overtuigingsmiddelen richten tot de wetgever, tot—in eerste instantie—het kabinet. Wat voor soort publiek zijn regering en Staten-Generaal? Nu is er denk ik geen reden om te denken dat de wetgever een gemakkelijk (te overtuigen) publiek is. Kabinet en parlement hebben zich lang beziggehouden met het ambitieuze project van de Awb. Het is niet ondenkbaar



dat de politici trots zijn op de wet. Wanneer anderen dan aanpassingen voorstellen, zullen regering en parlement daar niet zomaar mee instemmen. In het vorige hoofdstuk hebben we gezien dat de *Rhetorica ad Herennium* een spreker adviseert een subtiële inleiding te houden wanneer het doel van de toespraak het gehoor van de spreker vervreemdt, wanneer het publiek overtuigd is door de andere partij of wanneer het publiek vermoeid is geraakt door de eerdere betogen. De eerste voorwaarde lijkt te zijn vervuld. Misschien zijn de andere twee dat ook. Een subtiële inleiding is dus geboden.

De nieuwjaarsrede van Van Kemenade begint subtiel. Voordat Van Kemenade met het eigenlijke pleidooi begint, vat hij eerst de discussie over de afstand tussen bestuur en burger samen. (Van Kemenade 1996, p. 1) Vervolgens besteedt hij aandacht aan het functioneren van de parlementaire democratie in het algemeen. (pp. 2 en 3) De toespraak is al een eind op weg wanneer Van Kemenade de aandacht vraagt voor het onderwerp juridisering. (3) We kunnen concluderen dat hier een subtiële opening wordt gekozen: de spreker komt via een lange omweg bij zijn eigenlijke onderwerp terecht. De CdK zou, wanneer we alleen letten op het type inleiding, kunnen mikken op een breed publiek. De nieuwjaarsrede wordt natuurlijk gehouden voor het personeel van de provincie Noord-Holland, maar zou—op basis van de inleiding althans—ook gericht kunnen zijn op de politiek of zelfs de rechtsgeleerde gemeenschap.

Die conclusie kunnen we niet trekken ten aanzien van het artikel 'De gekooide overheid'. Daar is de inleiding veel te direct voor. Men zou ook kunnen beweren dat een inleiding ontbreekt. Op basis van de inleiding alleen ligt de conclusie voor de hand dat Van Kemenade uitsluitend schrijft voor de lezers van *Openbaar bestuur*, voor een publiek van bestuurders. Volgens een voetnoot is het artikel gebaseerd op een toespraak die Van Kemenade hield voor de rechtbanken van Alkmaar en Den Haag, op 9 januari 1997. De tekst van het artikel komt zelfs precies overeen met die van de toespraak en dat betekent dat op basis van de retorica de inschatting moet zijn dat Van Kemenade met deze toespraak niet veel magistraten heeft overtuigd, omdat hij ze met een directe inleiding tegen zich in het harnas jaagt.<sup>8</sup>

De toespraak van burgemeester Brokx van Tilburg voor voornamelijk rechters en rechtsgeleerden op het Tilburgse congres, heeft een subtiële opening. Brokx begint met enkele beleefdheidsformules. Hoewel hij zich al spoedig schaaft achter standpunten die passen in het bestuurlijke pleidooi, doet hij dit wel steeds op een grappige en ook genuanceerde wijze. De gemeente Tilburg zit volgens Brokx bijvoorbeeld *niet* in de knel door rechtspraak, maar loopt wel snel tegen de juridische grenzen aan. (Brokx 1997, p. 1) Dit is een leuke manier het publiek niet voor het hoofd te stoten. Brokx spreekt hier voor een publiek van rechtsgeleerden en rechters en stemt daar zijn inleiding goed op af.

Ook het artikel van Versteden in het *Nederlands Juristenblad* heeft een subtiële opening. Versteden begint met een definitie van juridisering en met

<sup>8</sup> Ik heb de tekst van de rede opgevraagd bij de provincie Noord-Holland. De tekst is getiteld 'Voordracht voor de leden van de rechterlijke macht van de Rechtbanken te Alkmaar en Haarlem op 9 januari 1997' en is, op een handjevol woorden na, identiek aan het artikel in *Openbaar bestuur*.

enkele algemene, niet zo discutabele opmerkingen over het bestuursrecht. Vervolgens behandelt hij kort drie aspecten van juridisering voordat hij met het eigenlijke pleidooi begint. Op basis van de inleiding is er geen reden aan te nemen dat Verstedens zijn stuk niet richt aan de lezers van het *NJB*—allerhande juristen die wat meer zullen neigen naar het rechtsgeleerde standpunt in het debat.

In het artikel 'Rechtsbescherming: overdaad schaadt', geschreven door burgemeester Rombouts van Den Bosch, ontbreekt een inleiding. De auteur citeert direct enkele scherpe uitspraken van collega-bestuurders. (Rombouts 1997, p. 8) Deze aanpak past volgens de *Rhetorica Ad Herennium* bij een pleidooi voor een zaak die het publiek reeds ter harte gaat. De opening biedt dus geen steun voor de stelling dat Rombouts probeert rechters, rechtsgeleerden of de wetgever te overtuigen. De bestuurder lijkt hier uiting te geven aan zijn ongenoegen over de juridisering.

*Bestuur in geding* is gericht aan de wetgever, maar het voorwoord ervan is voor het grootste deel een kopie van 'De gekooide overheid', het artikel uit *Openbaar bestuur* waarvan ik zojuist concludeerde dat het een directe (of geen) opening heeft. *Bestuur in geding* valt met dit voorwoord dus met de deur in huis. Het voorwoord is misschien geschikt om gelijkgestemden te mobiliseren, maar past volgens de klassieke retorica zeker niet in een rapport gericht aan een 'moeilijk' publiek als de wetgever. Is de werkgroep er vanuit gegaan dat regering en Staten-Generaal ten aanzien van de juridisering al gunstig gestemd waren? Het lijkt me niet dat het publiek met deze introductie welwillend, aandachtig en geïnteresseerd wordt gestemd. Alleen de lezers die het bestuurlijke standpunt al innemen en er niet meer aan twifelen, zullen bij het lezen van deze opening instemmend knikken. Alle anderen zullen het rapport of niet uitlezen, of uitlezen met het doel een aanval voor te bereiden.

Het pamflet *De weegschaal van politiek en recht* van De Zeeuw tenslotte, is gericht aan de Partij van de Arbeid. Dat blijkt niet alleen uit de tekst zelf (De Zeeuw 1997b, p. 3), maar ook uit de directe, weinig subtiële, zakelijke stijl van de korte inleiding die past bij een intern discussiestuk.

Op basis van de inzichten van de retorica over welk type inleiding geschikt is voor welk publiek, is het gerechtvaardigd in te schatten dat de nieuwjaarsrede van Van Kemenade, de congres toespraak van Brokx en Verstedens artikel in het *Nederland Juristenblad* gericht zijn tot een nog niet overtuigd publiek, bijvoorbeeld de wetgever. De inleidingen van de andere teksten, inclusief *Bestuur in geding*, geven geen steun voor de stelling dat deze publicaties gericht zijn tot de wetgever, terwijl natuurlijk duidelijk is dat *Bestuur in geding* dat wel is!<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Bewijs daarvoor is dat Van Kemenade het rapport aanbood aan de minister van Binnenlandse Zaken. Zie ook het eind van het voorwoord van het rapport.



## 4 Overtuigingsmiddelen

### 4.1 Argumenten: onderbouwen

Ik beperk me in deze paragraaf tot een beschrijving van de *onderbouwing* van de centrale stelling (of oordeel of mening) van de bestuurders. De aanvallen en verdedigingen door bestuurders respectievelijk rechtsgeleerden beschrijf ik in het volgende hoofdstuk.<sup>10</sup> Ik reconstrueer de onderbouwing uitsluitend op basis van het rapport *Bestuur in geding*. Dit rapport bevat de meest uitgebreide redeneringen en hoewel onderdelen van deze redeneringen ook in andere publicaties kunnen worden teruggevonden, zijn er geen onderbouwingen die wel in de andere publicaties voorkomen maar niet in *Bestuur in geding*.

#### *Oordeel*

Voordat we in *Bestuur in geding* op zoek gaan naar argumenten en bewijsmiddelen, moeten we weten wáár we moeten zoeken. We moeten weten van welk oordeel de bestuurders het publiek uiteindelijk proberen te overtuigen, dan kunnen we zoeken naar de argumenten die zij voor dat oordeel geven. We komen in het rapport enkele meningen of stellingen tegen waarvan één mogelijk de hoofdstelling van het rapport is. Voor het gemak heb ik de kandidaatstellingen (onderstaande citaten) genummerd.

1

Ik meen dat het van groot belang is dat we die scheiding [van machten] handhaven en dat we dus moeten voorkomen dat we afglijden naar een situatie waarin de rechtsstaat te zeer een rechtersstaat wordt. (Van Kemenade en Verstedden 1997, p. 5)

2

De huidige administratief-juridische wet- en regelgeving en de huidige praktijk overschrijden die grenzen [tussen politiek en bestuur enerzijds en rechtspraak anderzijds] met alle gevolgen van dien voor de effectiviteit van het openbaar bestuur, voor de belangen van derden, voor de positie van de politieke democratie en van de rechterlijke macht en voor de essentiële scheiding der machten in ons staatsbestel. (Van Kemenade en Verstedden 1997, p. 5)

3

De werkgroep is van mening dat de wetgever de leiding dient te nemen bij het zoeken naar het totstandbrengen van een nieuw evenwicht [tussen de staatsmachten], waarbij de rechter zich beperkt tot een strikte en objectieve rechtmatigheidscontrole en het bestuur de ruimte heeft die het behoeft en waar het in ons democratisch bestel recht op heeft. (Van Kemenade en Verstedden 1997, p. 9)

4

Op z'n minst moet men dus zeggen dat de Awb aan de jurisdisering het een en ander heeft toegevoegd en nog toevoegt, al is daarbij mede voortgebouwd op

<sup>10</sup> Zie voor een uitleg van deze begrippen: hoofdstuk 4, paragraaf 2.

ontwikkelingen in de bestuursrechtelijke en civielrechtelijke jurisprudentie.  
(Van Kemenade en Versteden 1997, p. 22)

De tweede en de vierde stelling lijken op elkaar. Ze houden de bewering in dat de Algemene wet bestuursrecht de juridisering in het openbaar bestuur bevordert. Hoewel het in deze citaten niet met zoveel woorden wordt gezegd, kan al wel worden gemerkt dat de auteurs de juridisering een probleem vinden. Beide stellingen vallen af als mogelijke hoofdstellingen, omdat de bewering dat de Awb tot juridisering leidt en de bewering dat dat een probleem is wel behoren tot de redenering, maar niet de uiteindelijke stelling vormen waarvan de bestuurders de wetgever willen overtuigen. *Bestuur in geding* is immers niet (alleen) een rapport waarin wordt beweerd dat er juridisering plaatsvindt en dat dit een probleem is. Nee, in het rapport worden wijzigingen in de Algemene wet bestuursrecht voorgesteld. De tweede helft van het rapport bestaat geheel uit een beschrijving van deze wijzigingen. Die wijzigingen in de wet zijn volgens de bestuurders nodig omdat er sprake is van een probleem: juridisering. De uiteindelijke stelling moet dus zijn dat deze wijzigingen (hierna: het 'wetsvoorstel') moeten worden doorgevoerd (door de wetgever). Dit oordeel wordt nergens expliciet genoemd—misschien omdat zij zo voor de hand ligt—, maar de derde stelling hierboven benadert het oordeel wel. In mindere mate geldt dat ook voor de eerste stelling hierboven.

### *De redeneerstructuur*

Hoe wordt het oordeel of de mening (dat het wetsvoorstel moet worden aangenomen) onderbouwd? De bewering dat er sprake is van juridisering lijkt me één argument. De bewering dat juridisering een probleem is, is ook een argument.<sup>11</sup> Die argumenten horen bij elkaar. Elk afzonderlijk leiden ze namelijk niet tot de stelling. Als het verschijnsel juridisering wel optreedt, maar geen probleem vormt, is immers geen oplossing nodig. En dat is ook het geval als het verschijnsel wel problematisch is, maar niet optreedt. De argumentatie is dus duidelijk nevenschikkend: beide argumenten zijn nodig om de conclusie te kunnen trekken.

Maar er zijn nóg meer argumenten nodig.<sup>12</sup> Als er sprake is van juridisering en als juridisering een probleem is, betekent dat nog niet dat het wetsvoorstel dat de bestuurders voorstellen (inhoudende wijzigingen in de Awb) moet worden aangenomen. Er moet toch tenminste wat over de Awb worden beweerd. Hierboven kwamen we de bewering tegen dat de juridisering in het openbaar bestuur bevordert wordt door de Algemene wet bestuursrecht (kandidaatstelling 4). Is dit ook een noodzakelijk argument voor de stelling? Ik

<sup>11</sup> Beide beweringen worden ook *expliciet* door de bestuurders gedaan. Ik kom er hieronder uitgebreid op terug.

<sup>12</sup> Ik ben hier bezig te onderzoeken wanneer de stelling *voldoende* is onderbouwd. Dit is één aspect van een geldige redenering. Zie hoofdstuk 5, paragraaf 1, voor een verheldering van deze begrippen.



denk van niet. De bestuurders hebben dit argument niet echt nodig.<sup>13</sup> Het gaat er strikt genomen niet om of de Awb een *oorzaak* is van juridisering, het gaat erom dat de verandering in de Awb die de bestuurders voorstellen de juridisering vermindert.<sup>14</sup> Het gaat er om dat het wetsvoorstel dat ze doen effectief is. Dat argument hoort bij de anderen en is noodzakelijk. (Waarom zouden we *anders* het wetsvoorstel moeten aannemen?) Dit argument geven de bestuurders overigens niet in deze algemene termen. Ze geven het argument echter wel in toegespitste vorm. Bij elk voorstel dat de bestuurders doen, geven ze een argument—en dat argument komt er steeds op neer dat de juridisering (in één van haar verschijningsvormen) door dat specifieke voorstel wordt verminderd. Ik kom er straks op terug.

Welke argumenten hebben we tot nu toe? De hoofdredenering is tot nu toe (a) dat er sprake is van juridisering, (b) dat juridisering een probleem is en (c) dat het wetsvoorstel de juridisering vermindert en dat *dus* (conclusie) het wetsvoorstel moet worden aangenomen. Nog steeds lijkt er iets te ontbreken. Er is nog een argument nodig. Als we even nadenken, valt op dat nog niets gezegd is over de nadelen of kosten van het wetsvoorstel. Als we aannemen (a) dat juridisering bestaat en (b) dat juridisering een probleem is en (c) dat het wetsvoorstel een effectief middel is om juridisering op te lossen, dan hebben we nog onvoldoende reden om het wetsvoorstel aan te nemen. We kunnen immers gemakkelijk middelen bedenken die een werkelijk bestaand probleem effectief zouden kunnen oplossen, maar die we desondanks niet willen inzetten, bijvoorbeeld omdat die middelen te duur zijn of immoreel zijn of andere nadelige neveneffecten kennen. Wat dus nog ontbreekt is het argument dat aan het wetsvoorstel geen grote nadelen kleven, of dat de nadelen die het wetsvoorstel teweegbrengt maar beperkt zijn in verhouding tot de voordelen. Voor het gemak noem ik dit het argument dat het wetsvoorstel 'efficiënt' is.<sup>15</sup> Ten aanzien van dit wetsvoorstel ligt eigenlijk alleen het nadeel voor de hand dat de kwaliteit van de rechtsbescherming erdoor wordt verminderd.<sup>16</sup> Wordt dit argument door de bestuurders naar voren gebracht? Ja, ook dit argument vinden we in het rapport terug. De bestuurders menen dat het wetsvoorstel evenwichtig is. Het wetsvoorstel bestaat uit 'oplossingen waarbij het belang van de betrokkenheid van burgers bij de besluitvorming en van een goed stelsel van rechtsbescherming gepaard gaan met het belang van een overheid die slagvaardig, herkenbaar en vanuit haar eigenstandige opdracht in een democratische rechtsstaat kan functioneren.' (p. 6) Uit dit citaat blijkt dat de bestuurders menen dat het wetsvoorstel gepaard kan gaan met een goed stelsel van rechtsbescherming. Ook dit argument hoort in de nevenschikkende argumentatiestructuur thuis (ten minste voor zover het delen van het

<sup>13</sup> Toch wijden ze aan deze stelling behoorlijk wat aandacht. (Van Kemenade en Versteden 1997, pp. 20-21)

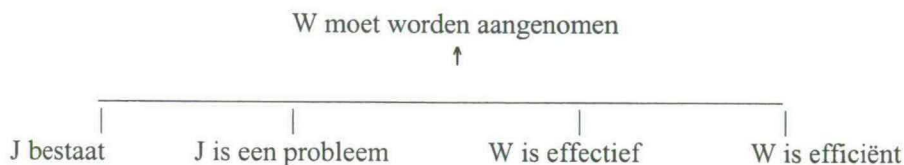
<sup>14</sup> Vaak is er natuurlijk een verband, vaak is een maatregel effectief als deze een oorzaak van een probleem wegneemt.

<sup>15</sup> Voor deze definitie van efficiëntie zie onder andere Hoogerwerf 1989, p. 26.

<sup>16</sup> Dit nadeel speelt niet bij alle wijzigingen die de bestuurders voorstellen een rol. Ik leg hieronder uit bij welke wel en bij welke niet.

wetsvoorstel betreft die mogelijk inbreuk maken op de rechtsbescherming). Ook dit argument hebben we immers nodig: als het wetsvoorstel meer nadelen dan voordelen met zich meebrengt, moet het immers niet worden aangenomen.

Is de argumentatie nu voldoende? Er is natuurlijk nog niets gezegd over de aannemelijkheid van de vier argumenten zelf,<sup>17</sup> maar de hoofdargumentatie is voldoende. Ik heb zojuist uitgelegd dat de argumenten *relevant* zijn voor de stelling.<sup>18</sup> De redenering van de bestuurders is, in vereenvoudigde vorm, (a) dat er jurisdisering is en (b) dat dat een probleem is; (c) dat het wetsvoorstel de jurisdisering vermindert (d) zonder dat dat ten koste gaat van een redelijk niveau van rechtsbescherming, en dat *dus* het wetsvoorstel moet worden aangenomen. Deze nevenschikkende redenering, die ik dus alvast als geldig heb beoordeeld (want voldoende relevante argumenten),<sup>19</sup> kan schematisch als volgt worden gepresenteerd (waarbij W voor het wetsvoorstel staat en J voor het verschijnsel jurisdisering).



Dat de argumentatiestructuur nevenschikkend is, heb ik hierboven onderbouwd. Aan de hand van het schema kunnen we die analyse eenvoudig controleren. Het is duidelijk dat elk van de argumenten nodig is om de conclusie te kunnen bereiken. De test is om telkens één van de argumenten weg te laten en de rest te behouden. (Stel dat J *niet* bestaat, terwijl J wel een probleem is, W effectief en efficiënt is, moet W dan worden aangenomen? Nee. En zo voor elk van de vier argumenten.) Men ziet dan al snel in dat als één argument ontbreekt, de conclusie niet kan worden getrokken.

### *De onderbouwing van de argumenten*

Nu duidelijk is geworden dat op basis van het rapport van de bestuurders een *geldige* redenering kan worden gereconstrueerd, komt de aandacht te liggen op de *aannemelijkheid* van de argumenten. Zijn de argumenten aannemelijk? Het lijkt me van niet. Dat er sprake is van jurisdisering, dat dat een probleem is, dat het wetsvoorstel dat de bestuurders doen effectief en efficiënt is, het zijn allemaal beweringen die een twijfelende medestander niet zomaar aanneemt. Elk van de vier argumenten lijken veel op tussenstellingen, tussenconclusies of hoofdargumenten die op hun beurt nog moeten worden onderbouwd. Welke onderbouwing wordt in *Bestuur in geding* voor elk van de vier hoofdargumenten (a t/m d) gegeven?

<sup>17</sup> Zie voor de definitie van aannemelijkheid hoofdstuk 5, paragraaf 1.

<sup>18</sup> Ook dit begrip wordt behandeld in hoofdstuk 5, paragraaf 1.

<sup>19</sup> Zie voor deze operationalisering het vorige hoofdstuk.



Ten aanzien van argument a, dat juridisering bestaat, schrijven de bestuurders dat 'het bestaan van het verschijnsel als zodanig niet of nauwelijks wordt ontkend.' (Van Kemenade en Verstedden 1997, p. 19) De bestuurders menen dat 'wetenschappers, advocaten, bestuurders, rechters en ambtenaren vrijwel allemaal de stelling onderschrijven dat er sprake is van forse toename van regelgeving en van belangrijke uitbreiding van rechtsbeschermingsvoorzieningen tegen beslissingen van de overheid.' (p. 19) Kortom, de bestuurders gaan er vanuit dat dit argument al aanvaard wordt en dat het dus niet nodig is het met bewijs te staven. Dat zou ook de reden kunnen zijn dat de bestuurders wel vijf aspecten van juridisering beschrijven (hoofdstuk 2 van het rapport), maar hier niet bewijzen (bijvoorbeeld aan de hand van resultaten van sociaal-wetenschappelijk onderzoek) dat die aspecten zich ook daadwerkelijk *voordoen*.<sup>20</sup> Ik meen dat een twijfelende medestander dit argument slechts gedeeltelijk kan accepteren. Het is bijna een gegeven dat het aantal regels toeneemt. En met de Awb zijn de rechtsbeschermingsmogelijkheden voor de burger zeker toegankelijker geworden. Maar een twijfelende sympathisant zal niet maar zo aannemen dat de rechter meer op de stoel van het bestuur is gaan zitten—voor de bestuurders een belangrijk onderdeel van juridisering. Dit is een discutabele bewering, ook voor bestuurders (althans de twijfelende), die om een onderbouwing (cijfers, voorbeelden) vraagt.

Argument b, dat juridisering een probleem is, wordt door de auteurs wel onderbouwd. In hoofdstuk drie, *Gevolgen van juridisering*, komen de nadelen van de juridisering voor het bestuur, de rechter, de procederende burger en 'derden' aan bod. En ook in het *Voorwoord* van Van Kemenade worden nadelen van juridisering aan de orde gesteld—en hetzelfde geldt voor hoofdstuk 1, *Inleiding*, en hoofdstuk 2, *Het verschijnsel juridisering nader bezien*. Al deze nadelen zijn overigens meervoudig gerangschikte argumenten. Juridisering kan immers al een probleem worden genoemd wanneer één van die nadelen zich voordoet. (Het wordt overigens wel een wat kleiner probleem wanneer het publiek meent dat enkele argumenten (nadelen) overtuigend worden weerlegd.)

Ik licht hier het argument over rechterlijke toetsing uit ('besturende' rechters), omdat dit argument hevig zal worden weersproken door rechtsgeleerden en omdat dit argument klassiek is.<sup>21</sup> De argumentatie van de bestuurders is dat juridisering (nu dus alleen het aspect van 'besturende' rechters) een probleem is, omdat het in strijd is met de staatsrechtelijke machtscheidingsdoctrine. De rechter maakt een keuze of een afweging die alleen gemaakt mag worden door organen die door burgers worden gekozen (de gemeenteraad, provinciale staten en de Staten-Generaal). De auteurs van

<sup>20</sup> Die vijf aspecten of verschijningsvormen van juridisering zijn volgens de bestuurders overigens: teveel regels, teveel rechtsbeschermingsvoorzieningen, te strenge rechters, 'besturende' rechters en te 'rechterlijke' bezwaarschriftprocedures.

<sup>21</sup> Het argument heeft de invoering van een algemene voorziening van de bestuursrechtspraak lang tegengehouden. Pas toen de politiek van de weerlegging ervan was overtuigd, werd de bestuursrechtspraak op grote schaal ingevoerd. Een cruciale rol in de weerlegging van het argument, is de metafoor van marginale toetsing. Zie ook Witteveen 1988, pp. 284-287.

*Bestuur in geding* spreken bij besturende rechters van een 'rechtersstaat' in plaats van een 'rechtsstaat'. (Van Kemenade en Verstedden 1997, pp. 5 en 31) Dit probleem en andere problemen worden in *Bestuur in geding* uitgebreid aan de orde gesteld. Een twijfelende medestander zal ervan overtuigd zijn geraakt dat juridisering een probleem is.

Argument c, dat het wetsvoorstel effectief is, dat wil zeggen, dat het de juridisering zal verminderen, wordt per artikel (van de Awb dat de bestuurders voorstellen te wijzigen) beargumenteerd. Deze argumenten treffen we aan in hoofdstuk 4, *Voorstellen voor dejuridisering*, en in deel II van het rapport, dat het wetsvoorstel bevat. Ik geef hier de argumenten weer van enkele belangrijke wijzigingen die de bestuurders voorstellen.

(i) De eerste wijziging past bij het aspect van juridisering dat ik zojuist uitlichtte. Het voorstel om artikel 3:4 lid 2 van de Awb zo te wijzigen dat de evenredigheidsnorm wordt vervangen door de willekeurnorm, onderbouwen de auteurs met het argument dat de evenredigheidsnorm 'kan leiden tot een rechterlijke toetsing die verder gaat dan met het oog op de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur wenselijk is.' (p. 79)

(ii) De Awb geeft de rechter de mogelijkheid een besluit in stand te laten ondanks dat het besluit een vormvoorschrift schendt. Een voorwaarde is dat de belanghebbenden van die schending geen nadelen hebben ondervonden (art. 6:22 Awb). De bestuurders doen het voorstel de rechter ook de mogelijkheid te bieden een besluit in stand te laten wanneer andere dan vormvoorschriften worden geschonden. Het gaat in de formulering van het rapport om een schending van 'een geschreven of ongeschreven rechtsregel, dan wel een algemeen rechtsbeginsel'. (p. 79) De bestuurders stellen bovendien voor niet vast te houden aan de voorwaarde dat de belanghebbenden door die schending niet zijn benadeeld. Een eventueel nadeel voor belanghebbenden moet worden afgewogen tegen het algemeen belang dat met het besluit is gediend. Die afweging moet dan ten minste niet onredelijk zijn. (p. 80) De bestuurders geven twee redenen voor dit voorstel. 'In de eerste plaats is er geen goede reden om de mogelijkheid die dit artikel biedt wel voor gevallen van schending van vormvoorschriften te doen bestaan, maar niet voor gevallen waarin sprake is van schending van een ander voorschrift.' (p. 80) De tweede reden is dat het voor 'de voortgang van het besturen' nodig is om de nadelen die een besluit met zich meebrengt te kunnen afwegen tegen het 'algemeen belang' dat ermee wordt gediend. (p. 80)

(iii) De Awb legt de rechter de plicht op het besluit van een bestuursorgaan (geheel of gedeeltelijk) te vernietigen als het beroep tegen het besluit gegrond is (art. 8:72, lid 1 Awb). De rechter kan overigens wel de rechtsgevolgen van het besluit in stand laten (art. 8:72, lid 3 Awb). De bestuurders stellen voor dat de rechter de mogelijkheid krijgt een besluit niet te vernietigen als het beroep tegen dat besluit gegrond is. Dat is volgens de bestuurders soms nodig, omdat een besluit in het algemeen belang is. (p. 54) De benadeelde burger kan in een dergelijk geval een schadevergoeding krijgen. De argumentatie is hier vergelijkbaar met die van het vorige voorstel. 'Op deze wijze wordt de positie van het bestuur versterkt. Dit voorstel komt immers



tegemoet aan de behoefte van het bestuur dat de voortgang van het bestuur wordt gewaarborgd indien er geen zwaarwegende redenen zijn die zich daartegen verzetten.’ (p. 82)

(iv) De bestuurders stellen vervolgens voor een ‘bestuurlijke lus’ in rechterlijke procedures mogelijk te maken. De rechter geeft dan aan welke fouten het bestuur gemaakt heeft, waarna het bestuur de mogelijkheid krijgt het besluit te verbeteren. Het argument hiervoor is dat ‘vertraging door vernietiging en terugverwijzing van een overheidsbesluit door de rechter [wordt] tegengegaan.’ (p. 54)

(v) De bestuurders stellen tenslotte ook voor juridische procedures te ‘stroomlijnen of te bundelen’. (p. 62) Het argument hiervoor is dat procedures eenvoudiger worden en sneller, zodat de jurisdisering wordt beperkt. (p. 62) De bestuurders hebben hier een regeling op het oog die de overheid al in bijzondere wetten volgt, bijvoorbeeld bij de Wet op de waterkering (p. 62). Omdat een commissie reeds onderzoekt of en hoe procedures kunnen worden gebundeld, stellen de bestuurders geen gedetailleerde maatregelen voor.

Al met al is de onderbouwing van argument c aannemelijk voor een twijfelende medestander. Van de voorgestelde middelen is telkens wel in te zien dat ze *effectief* kunnen zijn,<sup>22</sup> als men althans het gezichtspunt inneemt van iemand die zijn mening nog moet vormen, maar wel sympathiek staat tegenover het standpunt van de bestuurders.

De bestuurders menen dat ‘aan een redelijk niveau van rechtsbescherming van burgers tegenover het bestuur geen afbreuk mag worden gedaan [...]’ (p. 20) Hoe onderbouwen de auteurs van het rapport argument d, het argument dat het wetsvoorstel efficiënt is? De onderbouwing van dit argument krijgt van de bestuurders in elk geval niet de ruimte die wel werd geschonken aan de onderbouwing van de argumenten b en c. Ik heb bij de beschrijving van het wetsvoorstel twee argumentaties gevonden die betrekking hebben op mogelijke nadelen van het wetsvoorstel. De argumentaties komen voor bij de behandeling van de voorstellen die ik hierboven met ii en iii heb aangeduid. Dat is geen toeval. Het ligt voor de hand en het is *nodig* dat de auteurs van het rapport bij deze voorstellen aandacht besteden aan mogelijke nadelen. Bij de andere voorstellen lijkt het thema rechtsbescherming geen rol te spelen. Voorstel i sluit nog enigszins aan bij de jurisprudentie; het is voor een medestander nog niet aannemelijk dat het de rechtsbescherming bedreigt. Bij voorstel iv kunnen we niet goed voorstellen dat de rechtsbescherming erdoor in gevaar komt en dat geldt ook voor voorstel v. De bestuurders doen dus twee soorten voorstellen: aan de ene kant voorstellen waarbij de rechtsbescherming van de belangen van benadeelde burgers eventueel in gevaar komt en aan de andere kant voorstellen waarbij dat gevaar niet voor de hand ligt. Het argument dat het wetsvoorstel efficiënt is, is daarmee al aannemelijk voor wat betreft het tweede soort voorstellen. Bij de eerste groep voorstellen is nadere onderbouwing nodig. Wordt die ook gegeven?

<sup>22</sup>

NB: eventuele nadelen spelen hier nog geen rol. Bij dit argument gaat het uitsluitend om de effectiviteit van de maatregelen, niet om hun efficiëntie.

(bij ii) Het voorstel de rechter de mogelijkheid te bieden bij schending van een rechtsnorm het besluit in stand te laten, roept de vraag op of dit niet nadelig zou kunnen zijn voor belanghebbenden. Worden hun belangen met een dergelijk voorstel nog wel voldoende beschermd? De bestuurders richten hun aandacht echter niet op de rechtsbescherming maar uitsluitend op de rechtszekerheid: 'Inachtneming van een geschreven regel dient uiteraard, ter wille van de rechtszekerheid, wel het leidend principe te zijn en op degene die wil afwijken rust een zware "bewijslast".' (p. 48)

(bij iii) Bij dit voorstel keren de bestuurders zich tegen de kritiek dat dit voorstel de mogelijkheid biedt 'onrecht af te kopen'. 'De werkgroep zou dit een overtrokken en niet meer van deze tijd zijnde reactie vinden.' (p. 54) De bestuurders vinden dat burgers moeten leren leven met 'ongemakken' en 'individuele vrijheidsbelemmeringen' en dat de 'kwalificatie' onrecht 'te snel wordt gebezigt'. (p. 54)

Argument d is niet aannemelijk geworden door deze onderbouwing (als het bovenstaande die naam al verdient). Ik kan er niet vanuit gaan dat een twijfelende medestander erdoor is overtuigd. Voor de voorgestelde middelen die mogelijk de rechtsbescherming van burgers aantasten (middelen ii en iii), is niet aannemelijk geworden dat deze al met al efficiënt zijn. Omdat aan de andere middelen op het eerste gezicht geen grote nadelen kleven, moet de conclusie luiden dat voor een deel van de middelen niet aannemelijk gemaakt is dat ze efficiënt zijn, dat de voordelen die ze met zich meebrengen groter zijn dan de nadelen (op het gebied van de rechtsbescherming).

De onderbouwing van de stelling die de bestuurders innemen, is nu gereconstrueerd. Vastgesteld is dat de hoofdredenering van de bestuurders een nevenschikkende structuur heeft. De redenering is geldig, omdat er voldoende relevante argumenten voor de conclusie (dat de Awb op een bepaalde manier moet worden gewijzigd) worden aangevoerd. Argument a, dat er sprake is van juridisering, is slechts gedeeltelijk aannemelijk. Dat Nederlandse rechters (meer en meer) op de stoel van het bestuur gaan zitten is niet aannemelijk. Argument d is ook niet geheel aannemelijk gemaakt. De conclusie is dus dat de *complete* redenering van de bestuurders niet deugdelijk is. Letten we op *onderdelen* van de redenering, dan kan wel worden vastgesteld dat deugdelijk is beredeneerd dat er sprake is van juridisering in de zin van langdurige procedures en ingewikkelde regels en dat de middelen die de bestuurders voorstellen om deze aspecten van de juridisering tegen te gaan (een bestuurlijke lus, procedures bundelen) effectief zijn en efficiënt. Aan deze middelen lijken op het eerste gezicht geen grote nadelen te kleven, als we althans het gezichtspunt innemen van een twijfelende medestander.

#### 4.2 *Andere overtuigingsmiddelen*

##### *Ethos*

In het vijfde hoofdstuk is aan de orde gesteld dat retorici aanraden een deskundig en bescheiden imago uit te stralen. De retorica gaat er vanuit dat een publiek zich niet laat overtuigen door een redenaar die geen respect of ontzag



heeft (toont) voor het publiek. In de toespraken is geen steun te vinden voor de stelling dat de bestuurders erin slagen een dergelijk bescheiden en respectvol ethos te wekken. De toon van de bestuurders is daar te stellig, haast te agressief voor. Ik licht dit met een citaat toe. In de inleiding van de nieuwjaarsrede, over 'de verpersoonlijking van de politiek', stelt Van Kemenade dat politici te weinig steun voor beleid zoeken onder de bevolking. Van Kemenade ondersteunt de stelling met een voorbeeld.

Een schoolvoorbeeld daarvan is het gedoe met betrekking tot de stadsprovincies. Burgers in Amsterdam en Rotterdam kunnen zich daartegen hebben uitgesproken, de Raad van State kan daar een zeer negatief advies over hebben uitgebracht, de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid kan ernstige twijfels uiten over het nut ervan, de Raad voor het Binnenlands Bestuur kan tot voorzichtigheid manen en de betrokken gemeenten kunnen er geen behoefte meer aan hebben, maar het kabinet en parlement zetten de blik op oneindig en vervolgen het eenmaal uitgezette spoor. Een typisch geval van tunneldenken [...]. (Van Kemenade 1996, pp. 2 en 3)

Het probleem van dit stukje toespraak is dat toehoorders die Van Kemenade nog niet voor zich heeft gewonnen of die geen sterke tegenstanders zijn van de stadsprovincie, hierdoor geneigd zijn zich van hem af te keren. Want hier horen zij een Commissaris van de Koningin die openlijk zijn ongenoegen uit over een politiek proces waar hij zelf bij betrokken is geweest (Van Kemenade is behalve CdK van Noord-Holland ook voorzitter van de Raad voor het Binnenlands Bestuur). Wat moeten zij hiermee? Wanneer het de bedoeling is dat het publiek aan de hand van dit voorbeeld gaat twijfelen aan de democratische attitude van leden van kabinet en parlement, dan zal een dergelijke aantijging toch wat rustiger, nieuwsgieriger, voorzichtiger moeten worden aangepakt—bijvoorbeeld door een retorische vraag te stellen (Hoe kan het toch dat het kabinet, dat doorgaans zo behoedzaam handelt, bij dit probleem vele adviezen naast zich neerlegt?). Een tweede probleem met dit fragment uit de nieuwjaarsrede is dat Van Kemenade het gehoor dat hij er misschien mee zou willen bereiken, over de hoofden van het aanwezige publiek heen—regering en parlement—, hier openlijk bekritiseert. Van Kemenade overtreedt het retorische voorschrift dat je het publiek nooit openlijk mag aanvallen (zie Quintilianus in paragraaf 3 van hoofdstuk 5).

Ook in de rest van de nieuwjaarsrede, wanneer Van Kemenade over juridisering spreekt, vinden we geen voorzichtigheid of bescheidenheid. Woorden als 'wellicht', 'misschien', 'eventueel' en 'mogelijk' laat de spreker telkens achterwege. De standpunten worden op een directe, haast wat grove wijze, aan de orde gesteld. Ze worden bovendien niet als standpunten gepresenteerd. Alles bij elkaar genomen loopt de spreker, althans volgens de inzichten van de klassieke retorica, met deze toespraak het risico een arrogant imago op te roepen.

Een bescheiden, vriendelijk ethos vinden we ook in 'De gekooide overheid' (en dus in de inleiding van het rapport *Bestuur in geding*) niet terug.

Ook hier kan de CdK overkomen als een wat stellige redenaar. Er zou een ander beeld zijn ontstaan wanneer Van Kemenade zich beperkt had tot één stelling en de lezing gewijd had aan het voorzichtig aannemelijk maken ervan. Zelfs als we dit artikel opvatten als een poging steun te verwerven onder bestuurders (collega's), zou het denk ik effectiever zijn geweest een rustiger, voorzichtiger, bescheidener ethos uit te stralen.

In *Bestuur in geding* is het meest in het oog springende ethos dat van wetenschappelijkheid of deskundigheid. Het gaat hier om het systematische gebruik van de woorden 'rapport' en 'werkgroep'. Ook de indeling van het rapport, waarin een samenvatting en ook een lijst met voorstellen is opgenomen, draagt bij aan dit ethos. Het imago van grondigheid en de deskundigheid heeft op korte termijn wellicht als effect dat het aanbieden van het rapport aan de minister van Binnenlandse Zaken door de landelijke dagbladen als nieuws wordt gepresenteerd.<sup>23</sup>

### *Pathos*

De wat heviger emoties die uit de bijdragen van de bestuurders spreken, zijn in eerste instantie ergernis en boosheid over de juridisering. Het citaat uit Van Kemenades nieuwjaarsrede, dat ik hiervoor gaf, is daar een voorbeeld van. De boosheid van de spreker komt waarachtig over. Het uiten ervan kan een goed retorisch instrument zijn. De emotie past bij de boodschap: de bestuurders zijn immers boos over de juridisering die volgens hen mede ten gevolge van de Awb is ontstaan. Maar zo'n sterke emotie als woede moet niet grote delen van de rede beheersen. Het bespelen van de emoties moet gedoseerd worden. Retorici stellen doorgaans een emotioneel slot voor. Aan deze regel houdt Van Kemenade zich onvoldoende. In het algemeen geldt dat het beroeren van emoties alleen maar een hulpmiddel kan zijn. De toehoorders die nog niet overtuigd zijn van de stellingen van de CdK, zullen zich door dit gebruik van pathos niet opeens achter zijn standpunten scharen. Het is zelfs goed mogelijk dat het niet overtuigende deel van het publiek juist zelf ergernis en boosheid gaat ervaren over de volgens hen ongerechtvaardigde woede in de rede.

Het metafoorgebruik van de bestuurders (zie de volgende paragraaf) is het duidelijkste bewijs voor het krachtige beroep op medelijden dat in de bijdragen van de bestuurders doorklinkt. Het bestuur zit vast in de 'ijzeren kooi' van het bestuursrecht. Het zit gevangen in het 'web' dat de rechter gesponnen heeft. 'De werkgroep vraagt zich af of dit een doelmatige en gerechtvaardigde manier van omgaan met een serieus gebeuren als het bestuur is.' (p. 23) Het is mogelijk dat dit opwekken van gevoelens van medelijden, of dat nu bewust of onbewust wordt gedaan, een averechts effect heeft.

<sup>23</sup>

Zie bijvoorbeeld: 'Rechter zit te vaak op stoel van bestuurder'. *NRC Handelsblad*, 12 november 1997; 'Inspraak burgers te ver doorgeschoten', *Het Parool*, 13 november 1997; 'Populariteit procederen hindert volgens werkgroep beleid. Rechter zit steeds meer op stoel van bestuurder', *de Volkskrant*, 13 november 1997; 'Dijkstal tevereden over rechtsbescherming. Klagende bestuurders: burgers en rechters lopen ons voor de voeten', *Algemeen Dagblad*, 13 november 1997; 'Politici moeten besturen, niet de rechters'. *NRC Handelsblad*, 13 november 1997.



## 5 Het gezichtspunt van de bestuurders op juridisering

Ik geef hieronder, volgens de eerder behandelde methode van Lakoff en Johnson, de ordenende metaforen weer in de bestuurlijke bijdragen. Ik heb steeds geprobeerd alle uitdrukkingen die worden gebruikt in de rijtjes op te nemen. Een lange rij drukt dus uit dat een metafoor krachtiger is—meer het denken structureert—dan een metafoor waar slechts enkele uitdrukkingen onder vermeld staan.

### 5.1 Complexiteit en gevangenschap

De eerste groep metaforen die we aantreffen, drukt uit dat het bestuursrecht voor de bestuurders ingewikkeld is. Het bestuursrecht wordt beschreven in termen van een complex bouwwerk en in termen van een dicht, ondoordringbaar woud.

#### HET BESTUURSRECHT IS EEN BOUWWERK

het administratiefrechtelijke *bouwwerk* (Van Kemenade 1997, p. 4)

[het bestuursrecht is een] ingewikkeld *bouwwerk*, dat slechts voor ingewijden *inzichtelijk* en *toegankelijk* is (Van Kemenade 1996, p. 4 en 1997, p. 2)

#### HET BESTUURSRECHT IS EEN (DICHT) WOOD

een *woud* van bestuursrechtelijke procedures (Van Kemenade 1997, p. 4)

het *woud* wordt uitgebreid (Van Kemenade 1997, p. 4)

De complexiteit van het bestuursrecht komt ook tot uitdrukking in de metafoor HET RECHT IS EEN WEB. Maar het beeld van het web is veel dramatischer: het suggereert, serieus genomen, immers een rechtsstatelijke voedselketen waarin het bestuur (vliegje) wordt gevangen en gegeten door de rechter (spin).

#### HET BESTUURSRECHT IS EEN WEB

het vormingsproces van de beginselen van behoorlijk bestuur heeft het karakter van het *spinnen* van een *web* rondom het besturen (Versteden 1997, p. 944)

rechters hebben een dicht *web* van regels en normen rond het bestuur *gesponnen* (Van Kemenade en Versteden 1997, p. 22, Van Kemenade en Versteden 1998, p. 275)

De gevangenschap of beknelling van het bestuur komt in verschillende metaforen aan de orde.

#### HET BESTUURSRECHT IS EEN KEURSLIJF

de overheid heeft zichzelf een *keurslijf* aangemeten, waarin ze zich nauwelijks meer kan *bewegen* (Van Kemenade 1996, p. 4 en Van Kemenade 1997, p. 2)

#### HET BESTUURSRECHT IS EEN KOOI

de *gekooide* overheid (Van Kemenade 1997, p. 2)

de *ijzeren kooi* van het bestuursrecht *openbreken* (Van Kemenade 1997, p. 4)

RECHTSPRAAK IS EEN KETEN

een hele *keten* van beroeps- en bezwaarprocedures is ontstaan (Van Kemenade 1996, p. 4)

de overheid is *gekleusterd* aan een hele *keten* van bezwaar- en beroepsprocedures (Van Kemenade 1997, p. 3)

5.2 *Traagheid*

De bestuurders begrijpen het verwikkeld zijn in een juridische procedure als het afleggen, aflopen of bewandelen van een (lange) weg.

RECHTSPRAAK IS EEN WEG

tegen het nieuwe besluit kan de hele *rechtsbeschermingsweg* opnieuw worden *bewandeld* (Van Kemenade en Verstedden 1997, p. 53)

[rechtszaken zijn] *eindeloze lijdenswegen* (Brokx 1997, p. 2)

ambtenare *raken de weg kwijt* in de uiterst complexe wetgeving (Brokx 1997, p. 4)

een vlotte *voortgang* van de bestuurlijke werkzaamheden is niet verzekerd (Van Kemenade en Verstedden 1997, p. 26)

procederen als een vorm van *vertragingstactiek* (Van Kemenade en Verstedden 1997, p. 28)

procederen als middel om bestuurlijk handelen te *vertragen* (Van Kemenade en Verstedden 1997, p. 28)

de *doorlooptijd* van een bezwaarschrift is niet zelden vele maanden (Van Kemenade en Verstedden 1997, p. 35)

de *loop* van een bezwaar of beroep (Van Kemenade en Verstedden 1997, p. 55)

een snelle afdoening is niet steeds de geëigende *weg* (Van Kemenade en Verstedden 1997, p. 52)

zelf in de zaak voorzien door de rechter is niet de aangewezen *weg* (Van Kemenade en Verstedden 1997, p. 55)

de bestuurlijke *lus* is de *weg* die kan worden benut (Van Kemenade en Verstedden 1997, p. 55)

een bestuurlijke *lus* inlassen (Verstedden 1997, p. 949)

het *aanleggen* van een bestuurlijke *lus* (Van Kemenade en Verstedden 1997, p. 54)

de *vertragende gang* van zaken tegengaan (Van Kemenade en Verstedden 1997, p. 53)

een vormgebrek *passeren* (Van Kemenade en Verstedden 1997, pp. 53 en 79, De Zeeuw 1997, p. 10)

juridische procedures *stroomlijnen, versnellen* (Van Kemenade en Verstedden 1997, p. 62)

een vlotte *procesgang* (Van Kemenade en Verstedden 1997, p. 67)

een *verkort*ing van de *procesgang* (Van Kemenade en Verstedden 1997, p. 71)

een fout hoeft niet te leiden tot '*terug naar af*' (De Zeeuw 1997b, p. 10)



## 5.3 De (staatsrechtelijke) verhouding tussen bestuur en rechter

Tenslotte heeft juridisering betrekking op de relatie of verhouding tussen de staatsmachten. De bestuurders vinden immers dat de macht van de rechter is uitgebreid ten koste van de macht van het bestuur. Ze begrijpen de verhouding van de staatsmachten in termen van het model van de trias politica. Dit model wordt in het staatsrecht en in de politieke theorie veelvuldig gehanteerd. Het wordt doorgaans verbonden met de naam van Montesquieu. Willem Witteveen laat in zijn oratie zien dat de ideeën van machtscheiding echter al ouder zijn en door veel denkers worden gebruikt. (Witteveen 1991, pp. 20-21) Witteveen onderscheidt in de veelheid van modellen twee hoofdvarianten: machtscheiding en machts evenwicht. (p. 22) Volgens de leer van de machtscheiding moeten de functies van wetgeving, uitvoering en rechtspraak verdeeld worden over strikt gescheiden onderdelen van de overheid. Het model van machts evenwicht verlangt niet een strikte verdeling tussen de drie machten. Deze leer 'laat participatie van het ene orgaan in de uitoefening van de functie die "eigenlijk" toekomt aan het andere orgaan, toe.' (p. 22) De staatsmachten moeten dan wel afhankelijk van elkaar zijn: de staat moet zo worden ingericht dat de machten elkaar nodig hebben, controleren en in balans houden ('checks and balances').

In de pleidooien van de bestuurders komt taalgebruik voor dat verwijst naar beide varianten.

## DE STAAT IS EEN WEEGSCHAAL

de *weegschaal* van politiek en recht: voorstel voor een nieuw *evenwicht* (De Zeeuw 1997)

juridisering: de rechtsstaat uit *balans* (Versteden 1997, p. 943)

de *scheve verhouding* raakt de effectiviteit van het bestuur (De Zeeuw 1997b, p. 3)

de *verhouding* tussen politiek bestuur en rechtsbescherming is *verschoven* ten nadele van het politiek bestuur (De Zeeuw 1997b, p. 3)

er zit iets *scheef* (Brokx 1997, p. 2)

de *balans* tussen bestuur en rechter ten faveure van het bestuur verbeteren (Versteden 1997, p. 948)

een herstel van het *evenwicht* van de machten (Van Kemenade en Versteden 1998, p. 277)

*evenwicht* tussen de rechtsbescherming en de belangen van de overheid (Van Kemenade 1999, p. 13)

## DE STAAT IS EEN TRIAS POLITICA

de *scheiding* tussen de wetgevende, de uitvoerende en de rechterlijk macht is wezenlijk voor onze staatsinrichting (Van Kemenade 1997, p. 3)

een vervaging van de *scheiding* der machten (Van Kemenade 1997, p. 5)

er wordt afbreuk gedaan aan het beginsel van de *scheiding* der machten (Van Kemenade 1997, p. 5)

de *scheiding* van de wetgevende, de uitvoerende en de rechterlijke macht, moet weer hersteld worden (Van Kemenade 1996, p. 8)

de *scheiding* van machten handhaven (Van Kemenade 1997, p. 5)

de *domeinen* van bestuur en rechter moeten scherper worden *afgebakend* (Van Kemenade en Versteden 1998, p. 276)

Hoewel de rijtjes met uitdrukkingen bij beide metaforen ongeveer even lang zijn, lijkt me de leer van machtscheiding lijkt toch wat bepalender te zijn voor het bestuurlijke denken. Dit komt omdat de bestuurders in termen van de machtscheidingvariant steeds aangeven wat er staatsrechtelijk gezien fout gaat en welke oplossingen geboden zijn. In de teksten van de bestuurders wordt keer op keer aan de orde gesteld dat de rechter geen taken moet verrichten die horen bij het bestuur. Dit is een kritiek die meer past bij de machtscheiding- dan bij de machtsveiwichtvariant.

Welke taken horen dan bij bestuur en rechter? Het bestuur *weegt belangen af* (ook een metafoor) en bepaalt zo het algemeen belang. (Van Kemenade 1996, p. 5) De rechter toetst besluiten aan wet- en regelgeving. (Van Kemenade 1997, p. 5) Zoals in dit hoofdstuk is behandeld, beoordeelt de rechter volgens de bestuurders de afweging van belangen.

De bestuurders drukken dit ook wel uit in de beeldspraak van vorm (de wijze van besluitvorming) en inhoud (de belangenafweging zelf). De rechter moet zich beperken tot een oordeel over de zorgvuldigheid van het besluitvormingsproces, de rechter mag niet het oordeel (de belangenafweging) van het bestuur beoordelen. Dat oordeel behoort tot de inhoud (van het besturen). In de bestuursrechtelijke literatuur kent men het begrip "marginale toetsing", dat aangeeft dat de rechter niet de inhoud van het besluit beoordeelt, maar alleen onderzoekt of het besluit de grens (of marge) van het rechtens toelaatbare overschrijdt.<sup>24</sup>

#### DE BESTUURSRECHTER IS EEN GRENSRECHTER

de rechter bepaalt mede de *inhoud* van het bestuurshandelen (Versteden 1997, p. 944)

van de *inhoud* van het beleid dient de rechter zich verre te houden, omdat hij daarmee het *domein* van de democratische politiek *betreedt* (Van Kemenade en Versteden 1997, p. 5)

beperk de *inhoudelijke* toetsing tot een *marginale* beoordeling (De Zeeuw 1997a, p. 167)

een *integrale* belangenafweging in plaats van een *marginale* toets (De Zeeuw 1997b, p. 7)

een *inhoudelijke* heroverweging van het besluit (Van Kemenade 1997, p. 2)

de rechter mag niet *in* de afweging van de belangen *treden* (Van Kemenade en Versteden 1997, p. 47)

<sup>24</sup> Zie bijvoorbeeld Van der Vlies 1997, p. 45.



Wanneer de rechter de belangenafweging beoordeelt of 'overdoet', dan voert de rechter volgens de bestuurders een bestuurlijke taak uit en dat is in het model van machtscheiding verboden. In de bekende metafoor: 'als die afweging kan worden overgedaan door de rechter, gaat de rechter op de *stoel* zitten van de volksvertegenwoordiging.' (Van Kemenade en Versteden 1997, p. 5, mijn cursivering) Hier zien we dat de doctrine van de trias politica in de machtscheidingsvariant gekoppeld wordt aan een metafoor waarin het uitoefenen van staatsmacht verbeeld wordt als het zitten op een stoel: een staatsmacht moet zijn eigen taak uitoefenen (op zijn eigen stoel blijven zitten) en mag geen andere taken uitoefenen (moet niet op de stoel van een andere staatsmacht plaatsnemen).

#### EEN FUNCTIE IS EEN STOEL

de overheid moet niet op de *stoel* van de rechter gaan zitten (Van Kemenade 1996, p. 8)

de rechter gaat op de *stoel* zitten van de volksvertegenwoordiging (Van Kemenade 1997, p. 5)

de rechter gaat op de *stoel* van het bestuur zitten (Van Kemenade en Versteden 1997, p. 31 en 32)

deze *plaatsverwisseling* komt vaak voor (Van Kemenade en Versteden 1997, p. 31)

de rechter wordt op de *bestuurdersstoel* geplaatst (De Zeeuw 1997b, p. 7)

hier komt de rechter niet op de *stoel* van het bestuur zitten (Van Kemenade 1999, p. 13)

Tot zover de machtscheidingsvariant. De verhouding tussen de staatsmachten wordt tenslotte ook beschreven in oorlogsretoriek. Men zou dit metafoorgebruik kunnen laten vallen onder de machtsevenwichtvariant. Volgens dit model is een gelijke krachtsverdeling belangrijk: dan is er evenwicht. Met de metafoor RECHTSPRAAK IS OORLOG kunnen de bestuurders onder andere aangeven dat dit evenwicht zoek is: de rechter *wint* steeds de strijd, de rechter heeft meer en betere *wapens*.

#### RECHTSPRAAK IS OORLOG

de rechter heeft een *arsenaal* aan mogelijkheden om het bestuur te *bestrijden* (Van Kemenade en Versteden 1997, p. 23)

het *arsenaal* aan *bestrijdingsmiddelen* (Van Kemenade en Versteden 1998, p. 276)

bestuurlijke vrijmoedigheid stuit op *rechterlijke tegenstand* (Van Kemenade en Versteden 1997, p. 26)

juristen nemen bij het bestuur een *zwakke positie* in (Van Kemenade en Versteden 1997, p. 29)

er wordt afbreuk gedaan aan de *slagvaardigheid* van de overheid (Van Kemenade 1996, p. 5 en Van Kemenade 1997, p. 5)

de juridische toetsing met succes *doorstaan* (Van Kemenade 1997, p. 2)

*vernietigende* rechterlijke uitspraken (Van Kemenade en Versteden 1997, p. 30)

het *fatale* gevolg van *vernietiging* van het besluit (Van Kemenade en Verstedden 1998, p. 276)

de bestuursrechter *treft* het beleid *in het hart* (Van Kemenade en Verstedden 1997, p. 31)

de overheid *gaat onderuit* (Van Kemenade en Verstedden 1997, p. 33)

het bestuur wordt neergezet als een willekeurige machthebber die men moet *bestrijden* (Van Kemenade en Verstedden 1998, p. 276)

Welke conclusie kunnen we nu trekken over het bestuurlijk perspectief? Opvallend aan de metaforen is dat zij ons niet specifiek *bestuurlijk* voorkomen. De metaforen die ontleend zijn aan de trias politica-doctrine en aan de leer van marginale toetsing hebben zelfs een staats- en bestuursrechtelijke oorsprong. We verwachten juist dat deze metaforen voorkomen in de bijdragen van de rechters en de rechtsgeleerden. Een voor de hand liggende verklaring voor het juridische vocabulaire en de rechtsgeleerde metaforen is dat de bestuurders een verandering van de Awb bepleiten en hun taalgebruik daaraan hebben aangepast.

De enige metafoor die met flink wat verbeeldingskracht kan worden aangemerkt als een bestuurlijke, is de beeldspraak van het aflopen van een weg. In bestuurskundige kring is het niet ongebruikelijk het *beleidsproces* als centraal begrip te nemen. Wanneer we een proces volgens het woordenboek definiëren als een verloop of een gang, sluit de metafoor er enigszins bij aan. In de handboeken van de bestuurskundige Hoogerwerf wordt een beleidsproces wel gedefinieerd als 'het streven naar het bereiken van bepaalde doeleinden met bepaalde middelen en bepaalde tijdskeuzen.' (Hoogerwerf 1989, p. 20) Of het doel bereikt wordt, hangt onder andere af van de mee- of tegenwerking die bestuurders tijdens het proces ontmoeten. Een juridisch proces is te beschouwen als een verlenging van de route, maar wanneer de rechter marginale normen hanteert, heeft het bestuur goede kansen op succes (een gemakkelijk parcours) en wanneer de rechter het besluit aan heldere normen toetst, wordt het proces voorspelbaar (de bekende weg). De voorstellen die in dit hoofdstuk aan de orde zijn gesteld, zijn te beschouwen als middelen het rechterlijk proces gemakkelijker of sneller te laten verlopen.

## 6 Conclusie

De bestuurders bepleiten het oordeel dat de Algemene wet bestuursrecht moet worden veranderd en dragen in een reeks van publicaties voldoende nevengeschikte argumenten voor die stelling aan. Enkele van de argumenten zijn echter niet aannemelijk, zodat de wijzigingen die de bestuurders voorstellen niet alle deugdelijk beredeneerd zijn. De minst controversiële onderdelen van *Bestuur in geding* zijn wel deugdelijk verdedigd. De bestuurders stellen zich in hun teksten zelden bescheiden op en wekken de indruk deskundig te zijn. *Bestuur in geding* wordt niet gepresenteerd als een pleidooi, maar als een rapport van een werkgroep. Of de metaforen die de bestuurders in hun bijdragen



veronderstellen—metaforen die hun *beleving* van juridisering uitdrukken (kooi, web, oorlog) en de staatsrechtelijke metaforen die de *oplossingen* voor het probleem doen oplichten (machtscheiding)—steun opleveren voor de gedachte dat de deelnemers aan het debat verschillende perspectieven op juridisering innemen, bepaal ik in hoofdstuk 10.

## Rechtsgeleerd commentaar

Hoe luidt het commentaar op het zojuist weergegeven pleidooi om de Algemene wet bestuursrecht te veranderen? Het zal in dit hoofdstuk duidelijk worden dat hoogleraren en docenten in de rechtsgeleerdheid en rechters—ik verzamel ze hier onder de noemer ‘rechtsgeleerden’—behoorlijk felle kritiek leveren op het voorstel dat de bestuurders in vooral *Bestuur in geding* doen. Wij zijn geïnteresseerd in de argumenten en de andere overtuigingsmiddelen die de rechtsgeleerden aanwenden. Ik volg dezelfde methode die ik in het hoofdstuk hiervoor heb gebruikt. Ik voeg een paragraaf over de aanvallen en verdedigingen van beide partijen toe, zodat aan het eind van dit hoofdstuk kan worden vastgesteld of het juridiseringsdebat het eerste kenmerk van een goed debat heeft.

### 1 Publicaties van rechtsgeleerden

#### 1.1 Vóór Bestuur in geding

In antwoord op Van Kemenades nieuwjaarsrede schrijft Hirsch Ballin in de columnreeks *Verzuchting* voor het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* dat rechters hun taak niet opvatten als het ‘overdoen van de bestuurlijke beoordeling, maar als een juridische controle daarop.’ (Hirsch Ballin 1996, p. 106) Hij beveelt een ‘geconcentreerde’ rechterlijke procedure en bemiddeling aan als oplossingen voor juridisering. Staatsraad Boukema geeft in dezelfde reeks toe dat ‘de rechter zijn boekje wel eens te buiten [gaat]’, maar hij vindt dit geen reden om ‘belangengroepen de toegang tot de rechter te ontfangen’. (Boukema 1996, p. 144) Volgens Boukema doet de rechter de belangenafweging van het bestuur niet over. Boukema is wel voorstander van een ‘stroomlijning of bundeling van procedures’, zodat de vertraging van het beleidsproces kan worden verminderd.

Op het congres waar ook burgemeester Brokx van Tilburg spreekt (zie hoofdstuk 6), houdt ook De Waard, hoogleraar bestuursrecht, een voordracht. Volgens De Waard wordt het bestuur door de Awb maar heel zelden ‘belemmerd’. (De Waard 1997, p. 6) Het bestuur heeft wel moeite rechterlijke uitspraken te voorspellen en te verwerken in het beleid. (p. 7) De ‘intensiteit’ van de rechterlijke toetsing neemt volgens De Waard eerder af dan toe. De Awb is volgens hem niet ‘de boosdoener’. (pp. 7 en 10) Veel van de bestuurlijke ‘onvrede’ kon volgens De Waard ook al vóór de invoering van de Awb worden gehoord. (p. 12)



Op hetzelfde congres spreekt ook bestuursrechter Allewijn. Hij beweert dat er met de Algemene wet bestuursrecht niet zoveel is veranderd. Het *bestuur* is veranderd. (Allewijn 1997, p. 19) Allewijn noemt onder meer het opkomen van ‘anti-bureaucratische managementtheorieën’ en ‘informele bestuursstijlen’. (pp. 19-20) Hierdoor is de juridische expertise binnen bestuursorganen verminderd. De rechter pleit voor procedures die sneller verlopen en die meer de inhoud van het beleid betreffen. Ook toont Allewijn zich voorstander van alternatieve manieren van geschilbeslechting, zoals bemiddeling.

In het themanummer van *Justitiële verkenningen* (1997, nr. 5) noemt Verheij, raadsadviseur bij het ministerie van Justitie, de klacht van Van Kemenade dat de rechter de besluitvorming overdoet, ‘ongegrond’: ‘Ook onder juristen is het onomstreden uitgangspunt dat de rechter bestuursbesluiten slechts aan het recht mag toetsen, en “niet op de stoel van het bestuur mag gaan zitten”’, aldus Verheij. (Verheij 1997, p. 15) Maar de auteur geeft toe dat het toetsen aan het motiveringsbeginsel een toets is van de ‘rationaliteit’ van een besluit. (p. 17)

## 1.2 De ontvangst van Bestuur in geding

Twee dagen na de publicatie van *Bestuur in geding*, staat op de opiniepagina van *NRC Handelsblad* (14 november 1997) al een kritiek van de rechters Allewijn en Brenninkmeijer. Zij schrijven dat de rechter soms *lijkt* te besturen, maar dat niet echt *doet*. ‘De waardering van rechterlijke uitspraken [...] vraagt om nauwkeurigheid.’ De rechters noemen uitspraken waarbij volgens hen geldt dat de rechter geen *politieke* vragen beantwoordt, maar *juridische*—ook al hebben die wel ‘politieke relevantie’. Nadat ze de staatsrechtelijke rollen van bestuur en rechter kort aangeven, nemen Allewijn en Brenninkmeijer de stelling in dat het Nederlandse bestuursrecht met de Awb eindelijk voldoet aan de Europees-rechtelijke norm: burgers hebben recht op zorgvuldige en onafhankelijke rechtspraak.

De redactie van het tijdschrift *Binnenlands Bestuur* nodigt juristen uit op *Bestuur in geding* te reageren. Winter en Herweijer openen de reeks. Zij vinden het rapport ‘zeer onevenwichtig’. (Winter en Herweijer 1997, p. 22) Het besteedt volgens de rechtsgeleerden te weinig aandacht aan de tekortkomingen bij het openbaar bestuur zelf. Het openbaar bestuur moet letten op ‘de juridische kwaliteit’ van de beslissingen. Dat zal ‘de kwetsbaarheid bij de rechter sterk verminderen.’ (p. 22)

‘De algemene gedachtengang van het rapport is dat de rechter terug moet in zijn hok.’ Zo vat jurist en bestuurskundige Dijkstra *Bestuur in geding* samen. (Dijkstra 1997, p. 16) De mening dat de rechter niets mag zeggen over de inhoud van het beleid, is volgens hem ‘gedateerd’. (p. 16) Uit het rapport spreekt een ‘regentenmentaliteit’. Dijkstra schaart zich wel achter voorstellen om rechterlijke procedures te versnellen.

‘Per saldo overheerst bij mij de waardering voor het stuk’, schrijft Konijnenbelt, lid van de Raad van State en hoogleraar bestuursrecht, over *Bestuur in geding* (Konijnenbelt 1997, p. 18). Konijnenbelt vindt het positief dat bestuurders een constructieve tekst over juridisering hebben geschreven. ‘Het

rapport heeft iets anti-rechtsstatelijks: het wil het bestuur niet te zeer binden aan het recht. Maar daarop moeten we ons niet blind staren: er staan ook behartenswaardige suggesties in,' aldus de hoogleraar. (p. 18) Over de meeste voorstellen is Konijnenbelt echter uiterst kritisch. Enkele zouden volgens hem kunnen worden uitgetoetst, bijvoorbeeld het voorstel een 'bestuurlijke lus' in een rechterlijke procedure aan te leggen. (p. 18)

Zijn collega Tak velt een ander oordeel: 'mijn conclusie is, dat ik nog nooit zo'n onvoldragen rapport op dit niveau heb gelezen.' (Tak 1998, p. 21) Artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, het artikel dat burgers het recht geeft op een onafhankelijke rechter, wordt door enkele van de voorstellen 'verkracht', aldus Tak. (p. 21)

### 1.3 Commentaren op Bestuur in geding

Op deze snelle, korte en soms felle reacties op *Bestuur in geding* volgen in 1998 twee uitgebreide commentaren op het rapport: het artikel 'Knellend bestuursrecht' van De Waard in het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* en het stuk 'Van rechtsstaat naar rechtersstaat?' van Damen in het *Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht*. De Waard ziet het rapport als een belangrijke bijdrage aan de discussie over het bestuursrecht. (De Waard 1998, p. 60) Volgens Damen doen de bestuurders 'ondoordachte, onzorgvuldige of overbodige voorstellen'. Hun kritiek op de rechterlijke en de wetgevende macht is 'volstrekt onvoldoende' onderbouwd. (Damen 1998, p. 241) De Waard vindt dat de bestuurders te weinig waarde hechten aan de rechtsstaat, aan de eis dat de overheid 'zich aan het recht houdt' en aan de eis dat het de onafhankelijke rechter is die dit dient te beoordelen. (De Waard 1998, p. 61) Damen noemt de houding van de bestuurders 'anti-juridisch'. 'Waarom is een zo goed mogelijk naleven van het bestuursrecht [...] niet een beleidsdoelstelling?' (Damen 1998, p. 242) De rechtsgeleerden bespreken vervolgens enkele van de voorstellen. Het voorstel art. 3:4 lid 2 Awb te vervangen door het verbod van willekeur, is volgens hen overbodig. Volgens De Waard en Damen toetst de bestuursrechter de belangenafweging al marginaal. (De Waard 1998, p. 62 en Damen 1998, p. 245) Ook het voorstel inhoudelijke gebreken te kunnen laten passeren, wordt door de juristen verworpen. Dit voorstel is in strijd met het legaliteitsbeginsel: de eis dat de overheid aan het recht gebonden is. (De Waard 1998, p. 63 en Damen 1998, p. 245) Van de voordelen van de bestuurlijke lus zijn De Waard en Damen niet overtuigd. (De Waard 1998, p. 63, Damen 1998, p. 246)

### 1.4 Lessen uit Bestuur in geding?

In een late fase van het debat, wanneer het kabinet haar genuanceerde standpunt over juridisering al heeft bepaald (zie hoofdstuk 8), kunnen we wat mildere reacties op *Bestuur in geding* horen.<sup>1</sup> Volgens Scheltema ligt de nadruk in

<sup>1</sup> Het is niet onaannemelijk dat de aard van de reacties op *Bestuur in geding* afhangt van de ingeschatte kans dat de wetgever de conclusies van dat rapport zal overnemen. In



*Bestuur in geding*, en de discussie naar aanleiding van het rapport, teveel op de wijze van toetsen door de rechter. Scheltema veronderstelt 'dat het probleem waarmee bestuurders worstelen niet zozeer te maken heeft met de indringendheid van de toetsing, maar met de voorspelbaarheid ervan. Men kan veel te slecht van tevoren zien aankomen tot welke conclusie de rechter zal komen.' (Scheltema 1999, p. 128) Volgens de auteur is dit een belangrijk kritiekpunt op de Awb: 'Het recht, en zeker ook het bestuursrecht, moet rechtszekerheid bieden. Aan de burger, maar ook aan het bestuur.' (p. 128) Volgens Scheltema is het probleem niet alleen dat het bestuur te weinig aandacht besteedt aan het recht. Ook de jurisprudentie is volgens hem niet altijd helder.

Brenninkmeijer laat in een congresbijdrage een vergelijkbare boodschap horen. 'De rechter kan zich alleen staande houden in zijn onafhankelijke en onpartijdige rol wanneer de techniek van het beoordelen helder is.' (Brenninkmeijer 1999, p. 43) Ook rechters voeren een soort beleid bij het beoordelen van bestuursbesluiten. Maar dat impliceert dat de rechter, net als het bestuur, gebonden is aan beginselen. Voor de rechter zouden 'beginselen van behoorlijke rechtspraak' moeten gelden. Tot die beginselen behoort niet alleen het beginsel van hoor en wederhoor. 'Met name het gelijkheidsbeginsel en het verbod van willekeur hebben bijzondere betekenis voor het handelen van de rechter', aldus Brenninkmeijer. (p. 47)

## 1.5 Conclusie

Het rechtsgeleerde commentaar liegt er niet om. Vooral bij de ontvangst van het rapport overheersen de felle, kritische reacties. De problemen die de bestuurders opnoemen, worden volgens bijna alle juristen veroorzaakt door te weinig aandacht binnen bestuursorganen voor het recht. De rechtsgeleerden vinden niet dat Nederlandse bestuursrechters op de stoel van het bestuur gaan zitten. Rechters toetsen de belangenafweging marginaal. De voorstellen die in *Bestuur in geding* worden gedaan, zijn niet nodig en/of niet wenselijk. Na het verschijnen van het kabinetsstandpunt, krijgen enkele rechtsgeleerden oog voor de les die uit de bestuurlijke kritiek kan worden getrokken.

## 2 Rolverdeling

Tot wie richten de rechtsgeleerden zich? Was het ten aanzien van in elk geval *Bestuur in geding* duidelijk dat dit rapport gericht was aan de wetgever, de rechtsgeleerde kritiek zou bestemd kunnen zijn voor politici, bestuurders, collega's of een gemengd publiek. Nadat de bestuurders hebben geprobeerd de politiek te overtuigen wetswijzigingen door te voeren, ligt het voor de hand aan te nemen dat de tegenstanders van die wetswijzigingen zich ook richten tot de

---

1999 is inmiddels bekend dat de wetgever de meest vergaande voorstellen die de bestuurders doen, naast zich neerlegt. Felle reacties zijn dan niet meer nodig.

politiek, om haar van het inzetten van de bepleite veranderingen te weerhouden. Of de wetgever de rechtsgeleerde zaak goed gezind is, is niet met zekerheid te zeggen. Regering en Staten-Generaal hebben wel de Algemene wet bestuursrecht aangenomen en daarbij goed met rechtsgeleerden samengewerkt, maar in de eerste politieke reacties op het bestuurlijke pleidooi—ik behandel ze in de volgende twee hoofdstukken—, kan ook een minder welwillende houding worden gelezen. Misschien is de politieke stemming wel aan het omslaan, ten gunste van *dejuridisering*—en ten koste van *rechtsbescherming*. De juristen kunnen, om ieder risico te vermijden, wellicht het beste rekening houden met een wetgever die twijfelt. Minder voor de hand liggend, maar niet onmogelijk, is overigens dat de juristen niet (alleen) politici wensen te overtuigen, maar dat ze de bestuurders ook willen uitleggen dat hun standpunten niet kloppen. In dat geval is het publiek van de rechtsgeleerden uiteraard *moeilijk*. Tenslotte is het mogelijk dat de rechtsgeleerden voor eigen parochie preken. Voor welk van deze mogelijkheden biedt het type inleidingen dat in de commentaren wordt gebruikt, steun?

De Waard en Allewijn gebruiken in hun bijdragen aan het Tilburgse congres 'Openbaar bestuur in de knel door rechtspraak?' rustige openingen (De Waard 1997, p. 6 en Allewijn 1997, p. 17). De inleidingen geven steun aan de analyse dat de juristen spreken voor een publiek dat, als geheel beschouwd, nog geen sterke overtuiging heeft—bijvoorbeeld het gemengde publiek dat op het congres aanwezig is of de politiek.

Polak begint met een opsomming van de namen van bestuurders die 'de aanval hebben geopend op de juridisering van het openbaar bestuur'. Maar met deze oorlogsretoriek begint hij geen agressieve inleiding: de auteur bespreekt in het themanummer van het *Nederlands Juristenblad* juist op kalme wijze de 'wezenlijke behoefte' aan bestuursrechtspraak. (Polak 1997, p. 950)

Ook Allewijn en Brenninkmeijer openen het artikel in *NRC Handelsblad* (14 november 1997) rustig. Na een korte introductie van de bestuurlijke kritiek, schrijven ze dat de kritiek 'vraagt om een publiek debat over de rol van de rechter in ons staatsbestel.' Alsof met *Bestuur in geding* dat debat nog niet was begonnen! Vervolgens geven de rechters een waarschuwing: 'De waardering van rechterlijke uitspraken [...] vraagt om nauwkeurigheid.' Betekent dit dat de bestuurders niet nauwkeurig zijn geweest? De rechters stellen zich op als deskundigen, als docenten misschien—maar wie wordt hier een lesje geleerd: bestuurders, politici, allebei?

De opening van De Waards reactie op *Bestuur in geding* (in het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*) is subtiel. Ook hier wordt in de inleiding het verschil in deskundigheid aan de orde gesteld.

De werkgroep heeft van haar kant in ieder geval de nodige moeite gedaan om een brug te slaan naar het juridisch discours en is zelfs zover gegaan een flink aantal concreet geformuleerde voorstellen voor aanpassingen van de Awb te doen. De werkgroep heeft op die wijze er als het ware voor gekozen een uitwedstrijd te spelen. Daarbij lijkt de werkgroep overigens een beetje overmoedig te zijn geweest. De bestuursjurist zal in het algemeen best bereid zijn te luisteren naar serieuze klachten over overdreven formalisme. Maar die



bereidheid wordt door sommige passages in het rapport wel erg op de proef gesteld. (De Waard 1998, p. 60)

De boodschap wordt in twee stappen gebracht. Eerst wordt benadrukt dat de bestuurders in het nadeel zijn op het terrein van het bestuursrecht ('uitwedstrijd'). Vervolgens wordt de aandacht gevestigd op de prestatie die de bestuurders hebben geleverd (de bereidheid om te luisteren wordt op de proef gesteld). Het effect van deze inleiding is dat, nog vóór de inhoud van *Bestuur in geding* wordt behandeld, een hiërarchie wordt gesuggereerd. De bestuurders staan niet op hetzelfde niveau als de rechtsgeleerden. De Waard probeert kennelijk de wetgever te bereiken, want de inleiding is subtiel en hij heeft er belang bij dat de politiek de door hem gesuggereerde hiërarchie aanneemt.

De opening van rechtsgeleerde en rechter Damen is niet subtiel. Nadat hij schrijft dat de voorstellen uit *Bestuur in geding* 'stevige kritiek' hebben ontvangen, geeft Damen gelijk deze verklaring voor die kritiek.

Dat heftige tegenvuur heeft de werkgroep Van Kemenade echter zelf over zich afgeroepen, niet alleen door het doen van een aantal ondoordachte, onzorgvuldige of overbodige voorstellen, maar ook door de onnodig scherpe toonzetting jegens de rechterlijke macht en de wetgever, en door de volstrekt onvoldoende onderbouwing van haar kritiek. (Damen 1998, p. 241)

Het publiek van Damens artikel in het *Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht* bestaat uit rechters. De inleiding past bij het spreken voor eigen publiek.

Brenninkmeijer slaat een rustige, wetenschappelijke toon aan in de inleiding tot zijn toespraak 'Administratie of rechter: over de rechter en beleidsvrijheid'. Hij houdt de rede op een congres voor rechters in opleiding. De titel verwijst naar een beroemd artikel uit het begin van de twintigste eeuw van Struycken en de inleiding is hierop afgestemd. Brenninkmeijer is niet in een debat verwickeld, maar deelt zijn inzichten rustig aan het publiek mee. Hij introduceert ze subtiel, met een historische aanloop.

Op basis van het type inleiding lijkt me de conclusie gerechtvaardigd dat de rechtsgeleerden zich doorgaans richten op een moeilijk te overtuigen publiek. De inleiding is meestal rustig of subtiel. Vooral de deskundige toon valt op en de suggestie dat de bestuurders op dit terrein niet deskundig zijn. De meeste teksten lijken te zijn gericht tot de wetgever. Sommige zijn wellicht eerder bedoeld voor een publiek van gelijkgestemden. Damens artikel in het *Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht* is hiervan een voorbeeld.

### 3 Overtuigingsmiddelen

#### 3.1 Argumenten: onderbouwen/aanvallen

##### *Oordeel*

Het oordeel dat de juristen onderbouwen is dat het voorstel van de bestuurders niet moet worden aangenomen. Ook dit oordeel wordt nergens letterlijk

uitgesproken. Maar het wordt wel gesuggereerd. Allewijn en Brenninkmeijer nemen bijvoorbeeld het standpunt in dat burgers het recht hebben op een eerlijk proces. 'Burgers hebben recht op een zitting, ze hebben er recht op hun stellingen zonodig te bewijzen, en hebben recht op toetsing door de rechter van "the merits of the matter". Het pleidooi van Van Kemenade om aan deze rechten te tornen overtuigt dan ook niet.' (Allewijn en Brenninkmeijer 1997) Hoewel de bestuursrechters het niet letterlijk zeggen, is de suggestie dat het wetsvoorstel niet moet worden aangenomen (omdat het volgens hen de bovengenoemde rechten inperkt). In de eerste paragraaf van dit hoofdstuk werd duidelijk dat bijvoorbeeld De Waard en Damen de voorgestelde wijzigingen in de Awb verwerpen.<sup>2</sup> Dit komt natuurlijk neer op de conclusie dat het voorstel dat de bestuurders doen, niet moet worden aangenomen.

Het is nodig op te merken dat het onderbouwen van het oordeel dat het voorstel van de bestuurders niet moet worden aangenomen, overeenkomt met het aanvallen van het oordeel van de bestuurders dat het wetsvoorstel moet worden aangenomen. Een oordeel aanvallen is immers argumenten contra dat oordeel aanvoeren.<sup>3</sup> Dat het onderbouwen van het oordeel van de rechtsgeleerden overeenkomt met het aanvallen van het oordeel van de bestuurders, komt uiteraard door het oordeel van de rechtsgeleerden. Als de rechtsgeleerden het oordeel hadden verdedigd een *ander* voorstel aan te nemen, had er een verschil bestaan tussen de onderbouwing van het oordeel *dit* voorstel aan te nemen en de aanval op het oordeel het voorstel van de bestuurders niet aan te nemen. Maar de rechtsgeleerden formuleren geen alternatief voorstel en daarom vallen aanval en onderbouwing hier samen. Wat zijn verder de consequenties van de vorm van dit oordeel? Het is duidelijk dat de bestuurders zich tegen deze aanval kunnen *verdedigen*. Een oordeel verdedigen is argumenten contra dat oordeel weerleggen. Maar kunnen de bestuurders het oordeel van de rechtsgeleerden ook *aanvallen*? Ja, natuurlijk. Een oordeel aanvallen is argumenten contra dat oordeel aanvoeren. Maar dat doen de bestuurders al meteen als ze het eigen oordeel verdedigen. Ze weerleggen dan argumenten contra het eigen oordeel, en omdat dat neerkomt op het argumenteren dat de argumenten contra niet aannemelijk, relevant of voldoende zijn, is dat hetzelfde als het aanvallen van het oordeel van de rechtsgeleerden. Leidt het oordeel van de rechtsgeleerden ertoe dat voor de rechtsgeleerden onderbouwing en aanval samenvallen, bij de bestuurders betekent het dus dat aanval en verdediging precies hetzelfde zijn. Kunnen de rechtsgeleerden zich verdedigen? Verdedigen is argumenten contra het eigen oordeel weerleggen en die argumenten zijn er als de bestuurders zich verdedigen (of het rechtsgeleerde oordeel aanvallen—wat hetzelfde is, hebben we net geconcludeerd), dus de rechtsgeleerden kunnen zich verdedigen. Maar dat doen ze niet. De voor de hand liggende verklaring is dat de aanvallen van de bestuurders overeenkomen met, en dus lijken op, verdedigingen—en waarom zouden de rechtsgeleerden

<sup>2</sup> De Waard besluit het artikel met de conclusie dat 'het merendeel van de concrete maatregelen [...] niet adequaat [is].' (De Waard 1998, p. 65)

<sup>3</sup> Zie hoofdstuk 4, paragraaf 2.



reageren op verdedigingen? Er is ook nog een retorische verklaring. Die geef ik in paragraaf 3.4 van dit hoofdstuk. Ik behandel in dit hoofdstuk wat de argumenten betreft dus achtereenvolgens de onderbouwing/aanval van de rechtsgeleerden en de verdediging/aanval van de bestuurders.

Het oordeel dat de rechtsgeleerden onderbouwen betekent ook dat de rechtsgeleerden niet veel hoeven te argumenteren. In het vorige hoofdstuk werd duidelijk dat de redenering van de bestuurders ter onderbouwing van hun oordeel begrepen moet worden als een nevenschikkende argumentatie. Alle vier hoofdargumenten zijn noodzakelijk om de conclusie van de bestuurders te kunnen trekken. Voor een aannemelijke conclusie moeten de vier hoofdargumenten aannemelijk zijn. In het vorige hoofdstuk bleek al dat dit niet het geval was. De nevenschikkende redeneerstructuur van de bestuurders betekent dat de rechtsgeleerden zich zouden kunnen beperken tot het aanvallen van één argument van de bestuurders. Hieronder zal blijken dat de rechtsgeleerden het oordeel van de bestuurders aanvallen door de aannemelijkheid van elk van de hoofdargumenten van de bestuurders te bekritisieren. Hun redeneerstructuur is daarmee *meervoudig* geworden. Zij redeneren immers al deugdelijk wanneer zij de aannemelijkheid van één argument van de bestuurders deugdelijk hebben bekritiseerd. Dan kan de conclusie, dat het wetsvoorstel van de bestuurders niet moet worden aangenomen, immers al worden getrokken. (Want de conclusie dat het wetsvoorstel moet worden aangenomen rustte op vier hoofdargumenten die alle nodig waren om de conclusie te kunnen onderbouwen.)

### *Juridisering bestaat niet (of in beperkte mate)*

De juristen trekken om te beginnen het eerste argument van de bestuurders (dat er sprake is van juridisering) in twijfel. Hun standpunt is overigens niet dat juridisering niet bestaat. De rechtsgeleerden ontkennen niet dat er jarenlange procedures plaatsvinden tussen burgers (eventueel verenigd in belangengroepen) en bestuursorganen. De rechtsgeleerden ontkennen echter wel dat de rechter op de stoel zit van het bestuur. Hoe vallen de rechtsgeleerden het argument dat rechters te intensief toetsen aan? In de eerste plaats voeren ze voorbeelden aan om aan te tonen dat rechters marginaal toetsen. De Waard ondersteunt de stelling met twee voorbeelden. De eerste is de Maxis en Praxis-zaak, waarin de Raad van State heeft aangegeven dat met de invoering van de Awb de wetgever niet beoogd heeft de toetsing te intensiveren ten opzichte van de wet Arob. De tweede is een casus waarbij de gemeente Tilburg een koffieshop laat sluiten omdat deze op 238 meter van een school lag, binnen de minimumnorm van 250 meter die de gemeente eerder vaststelde. De rechtbank vindt dat de gemeente had moeten onderzoeken of er redenen waren in dit geval van het beleid af te wijken, omdat het verschil met de norm zo klein was. Volgens de Raad van State is de gemeente niet verplicht dat te doen: 'uitgaande van de aanvaardbaarheid van de eenmaal vastgestelde norm naar inhoud en wijze van totstandkoming' hoeft de burgemeester alleen maar vast te stellen of aan de norm is voldaan. (Geciteerd in De Waard 1997, p. 7) De Waard geeft vervolgens drie oude voorbeelden van 'zeer intensieve, misschien we tè intensieve toetsing'

(De Waard 1997, p. 8). Die vormen natuurlijk geen steun voor de stelling dat er sinds de inwerkingtreding van de Awb niet te intensief wordt getoetst. Dat het vroeger slecht was, impliceert niet dat het nu beter is. De enige steun voor zijn bewering dat er nu niet intensief wordt getoetst, berust op de twee hierboven genoemde voorbeelden.

Brouwer en Schilder beweren in *Ars Aequi* dat de problemen die in *Bestuur in geding* worden opgesomd ‘overgangsproblemen’ zijn. (Brouwer en Schilder 1998a, p. 157) Sommige rechters waren in het begin ‘blind voor bestuurdersproblemen’ en namen bovendien ‘te voortvarend’ artikel 3:4 lid 2 Awb ‘ter hand’. (p. 157) Brouwer en Schilder menen dus dat rechters in het recente verleden wel te indringend hebben getoetst. Maar nu is er geen probleem meer, aldus de auteurs.

Allewijn en Brenninkmeijer behandelen in hun opinie in *NRC Handelsblad* vijf zaken waarbij de rechter op het eerste gezicht ‘het primaat van de politiek schendt’ maar bij nadere bestudering zich beperkt tot het beantwoorden van juridische vragen. (Allewijn en Brenninkmeijer 1997) Ook Damen verdedigt de stelling dat de rechter zich ‘bij beleidsvrijheid’ tot een ‘marginale toetsing’ beperkt. (Damen 1998, p. 245) Hij onderbouwt deze stelling door in een noot twee rechtszaken te noemen. (p. 245)

Er wordt ook een ander soort argumenten aangevoerd voor de stelling dat de bestuursrechter marginaal toetst. Hirsch Ballin geeft het argument dat ‘rechters hun taak [...] niet plegen op te vatten als het overdoen van de bestuurlijke beoordeling, maar als een juridische controle daarop.’ (Hirsch Ballin 1996, p. 106) Maar als rechters beweren dat A niet B is, impliceert dit nog niet dat A inderdaad niet B is. Het is een soort gezagsargument. Boukema volgt een iets andere redenering. Zijn argument is dat de rechter de beoordeling van het bestuur niet behoort over te doen. (Boukema 1996, p. 144) Hij weersprekt een descriptieve stelling (de rechter doet de beoordeling van het bestuur over) met een normatief argument. Wanneer we zijn redenering nader bekijken, valt op dat beschrijvende uitspraken bijna onopgemerkt in vóórschrijvende uitspraken overlopen en vice versa:

Het is [...] niet juist de toetsing door de rechter van het resultaat van het afwegingsproces aan te merken als “herkansing van die afweging”. Daarmee wordt gesuggereerd dat de rechter het afwegingsproces, dat in een vertegenwoordigend lichaam is afgerond, nog eens dunnetjes overdoet en tot een eigen bestuurlijke afweging van de verschillende deelbelangen overgaat [FEIT]. Dat behoort echter uitdrukkelijk niet tot de taak van de rechter [NORM]. Deze dient zich te beperken tot toetsing van de totstandkoming en inhoud van dit besluit aan het geldende recht [NORM]. Is er voor het bestuur beleidsruimte, dan moet terughoudend worden getoetst, juist ter voorkoming van het overnemen door de rechter van de verantwoordelijkheid van het bestuur [NORM]. De rechter dient hier zorgvuldig zijn grenzen in acht te nemen [NORM]. Nu gaat ook de rechter zijn boekje wel eens te buiten [FEIT], maar dat lijkt me onvoldoende grond om belangengroepen de toegang tot de rechter te ontzeggen. (Boukema 1996, p. 144)



De indruk die de lezer zou kunnen krijgen, is dat de rechter het bestuur over het algemeen beleidsvrijheid laat. Maar het enige dat Boukema letterlijk beweert, is dat de rechter dat *behoort* te doen. Door direct erna te stellen dat de rechter zijn boekje wel eens te buiten gaat, ontstaat de indruk dat de feiten in overeenstemming met de norm zijn. We vinden hetzelfde type argument terug in de Tilburgse toespraak van Allewijn: 'De Awb brengt [...] geen wijziging in de toetsing door de bestuursrechter: op 9 mei 1996 sprak de Raad van State uitdrukkelijk uit, dat het nieuwe art. 3:4 lid 2 Awb niet beoogt de rechterlijke toetsing te intensiveren [...].' (Allewijn 1997, 18) Ook hier wordt een empirische stelling met een normatief argument onderbouwd. Het argument dat er nog bij moet en kennelijk verondersteld wordt, is dat alle bestuursrechters ook altijd volgens de norm handelen die de Raad van State in deze uitspraak bevestigt. Bij Verheij treffen we een vergelijkbaar argument aan: 'De [...] klacht van Van Kemenade is dat de rechter de besluitvorming zou overdoen [...]. Die klacht is ongegrond. Ook onder juristen is het onomstreden uitgangspunt dat de rechter bestuursbesluiten slechts aan het recht mag toetsen, en "niet op de stoel van het bestuur mag gaan zitten" [...].' (Verheij 1997, p. 17) Hier wordt openlijk beweerd dat er naar de norm gehandeld wordt.

Mijn conclusie is dat de rechtsgeleerden tezamen dit argument aannemelijk hebben gemaakt. Vooral door veel voorbeelden te geven, zal een twijfelende medestander het aannemelijk kunnen vinden dat de Nederlandse bestuursrechter niet op de stoel van het bestuur zit. De visie van de Raad van State zegt ook wel iets: als er door de rechtbank al te ingrijpend wordt getoetst, dan zal de Raad van State de uitspraak vernietigen.

### *Juridisering is geen (of een beperkt) probleem*

De rechtsgeleerden ontkennen niet dat het aaneenrijgen van procedures, met name op het gebied van de ruimtelijke ordening en milieu, voor problemen zorgt bij de uitvoering van overheidsbeleid. (Hirsch Ballin 1996, p. 106; Damen 1998, p. 244). De bewering dat het een probleem is dat rechters op de stoel zitten van het bestuur, hoeven de juristen niet aan te vallen (en dat doen ze ook niet). Dit verschijnsel doet zich volgens hen immers niet voor? Alleen Damen beweert nog dat de intensieve toetsing geen probleem is. Ook al toetst een rechter te intensief, dan is dat nog geen probleem, want 'dan is er nog altijd het hoger beroep.' (Damen 1998, p. 243) De suggestie is dat in hoger beroep de fout hersteld wordt. Dit argument zal een twijfelende medestander aannemelijk vinden, maar misschien zal deze ook menen dat hoger beroep voor bestuurders niet echt een oplossing is. De ene vorm van juridisering ('meebesturende' rechters) wordt opgelost met een andere vorm van juridisering (langere procedures). Maar rechters zullen waarschijnlijk anticiperen op het oordeel van de Raad van State en marginaal toetsen.

### *Het wetsvoorstel is niet effectief*

De bestuurders lichten bij enkele van de voorgestelde wijzigingen toe welk effect de wijziging dient te hebben. De rechtsgeleerden behandelen de

effectiviteit van maatregelen die ik in het vorige hoofdstuk met i, iv en v heb aangeduid.

(i) Ik gaf in het vorige hoofdstuk bij dit argument het voorbeeld van het wijzigen van het evenredigheidsbeginsel in het willekeurverbod. De bestuurders willen er een intensieve rechterlijke toetsing mee voorkomen. Volgens de rechtsgeleerden moet dit voorstel niet worden aangenomen. In de eerste plaats wordt er volgens hen niet te intensief getoetst (zie de aanval op argument één): het probleem bestaat dus niet. In de tweede plaats is de formulering minder duidelijk dan de bestaande. Volgens De Waard is de bestaande formulering een operationalisering van het begrip willekeur. (De Waard 1996, p. 62, Damen 1998, p. 245) De implicatie van deze kritiek is dat het voorstel niet effectief kan zijn, omdat het niets zou veranderen.

(iv) De Waard ziet de voordelen van een 'bestuurlijke lus' niet. 'Ik weet niet of de helderheid van de verhouding tussen bestuur en rechter, en de helderheid over wat nou eigenlijk aan de orde is in een procedure, zijn gediend met de voorstellen van de werkgroep.' (De Waard 1998, p. 63) Damen vraagt zich af 'of in de praktijk behoefte bestaat' aan een bestuurlijke lus 'gezien de mogelijkheden tot intrekking, wijziging of vervanging van een besluit tijdens de bezwaar- of beroepsprocedure.' (Damen 1998, p. 246)

(v) Er lijkt geen tegenstand te bestaan tegen het bundelen van procedures om zo de vertraging tegen te gaan die optreedt in de uitvoering van overheidsbeleid wanneer tegen de verschillende deelbeslissingen van een complex besluit bezwaar- en beroep wordt aangetekend. Hirsch Ballin ondersteunt expliciet het voorstel. 'Wanneer gewichtige maatschappelijke belangen in het geding zijn, zou verwijzing moeten kunnen plaatsvinden naar een (qua organisatie en tijd) geconcentreerde procedure: een geding dus dat alle deelgeschillen als het ware bundelt en—zonder af te doen aan de kwaliteit van de rechtsbescherming—binnen een redelijke termijn beslecht.' (Hirsch Ballin 1996, p. 106)

Het argument dat onderdelen van het wetsvoorstel niet effectief zijn, is aannemelijk onderbouwd.

### *Het wetsvoorstel is niet efficiënt*

Sommige bezwaren die rechtsgeleerden hebben, zijn te beschouwen als kritieken op de efficiëntie van de maatregelen.

(ii) De maatregel om de rechter inhoudelijke gebreken van besluiten te kunnen laten 'passeren', wordt door de juristen krachtig verworpen. 'Het voorstel om inhoudelijke gebreken ook maar te passeren dan wel af te kopen met een schadevergoeding is principieel onjuist. Het bestuur moet eerst en vooral rechtmatig handelen. Ook in onderling overleg behoren burger en bestuursorgaan niet het geldende recht opzij te kunnen zetten.' (Damen 1998, p. 245; zie ook De Waard 1998, pp. 62 en 63) Hetzelfde standpunt neemt Konijnenbelt in. 'Bestuursbesluiten moeten inhoudelijk goed zijn [...].' (Konijnenbelt 1997, p. 18)



(iv) Damen ziet ook nadelige gevolgen van een bestuurlijke lus: deze maatregel ‘zet [...] een premie op aanvankelijk maar lukraak beslissen, en pas na “piepen” behoorlijk naar een zaak kijken.’ (Damen 1998, p. 245)

Ook dit argument is aannemelijk geworden door de toelichting.

### *Overige kritiekpunten*

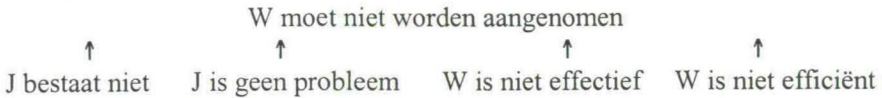
De rechtsgeleerden voeren ook kritiekpunten aan die geen aanvallen zijn van argumenten van bestuurders. Winter en Herweijer vinden het rapport ‘onevenwichtig’, ‘omdat het te weinig aandacht schenkt aan tekortkomingen bij het bestuur zelf.’ (Winter en Herweijer 1997, p. 22) De auteurs beweren vervolgens: ‘Het is een feit dat de juridische kwaliteit van het overheidshandelen vaak te wensen overlaat.’ Dit standpunt wordt overigens niet onderbouwd. Het ‘feit’ dat het openbaar bestuur juridisch tekortschiet, beschouwen Winter en Herweijer vervolgens wel als oorzaak van de grote hoeveelheid rechtszaken.<sup>4</sup>

Dijkstra’s kritiek op de voorstellen uit *Bestuur in geding* is dat ze het resultaat zijn van een ‘gedateerde’, ‘conservatieve’ kijk op ‘de rol van de rechter’. (Dijkstra 1997, p. 16) Deze kritiek vinden we ook terug in de bijdragen van De Waard (1998, p. 62) en Damen (1998, p. 245). De rechtsgeleerden refereren ermee aan de ontwikkeling die het bestuursrecht door wetgeving en vooral door jurisprudentie heeft doorgemaakt. De onuitgesproken gedachte is dat die ontwikkeling een goede is geweest. Maar de bestuurders beschrijven de geschiedenis van het bestuursrecht in minder rooskleurige termen. (Van Kemenade en Verstedden 1997, p. 22) De ontwikkeling van het bestuursrecht wordt dus verschillend gewaardeerd en dat betekent dat het argument dat de bestuurders ouderwets zijn, alleen aannemelijk zal zijn voor medestanders. Voor een neutraal gehoor zal moeten worden uitgelegd waarom ouderwets in dit geval ook *onwenselijk* is.

De conclusie is dat het pleidooi van de rechtsgeleerden neerkomt op een meervoudige redenering. Elk argument dat ze aandragen, is immers al voldoende om de conclusie te kunnen trekken dat het wetsvoorstel niet moet worden aangenomen.<sup>5</sup> (Omdat alle argumenten die de bestuurders aanvoeren *noodzakelijk* zijn om de conclusie te kunnen trekken dat het wetsvoorstel wel moet worden aangenomen.) De rechtsgeleerden redeneren (a) dat de Nederlandse rechters niet op de stoel zitten van het bestuur, (b) dat voor zover dat wel gebeurt dat geen probleem is, (c) dat het wetsvoorstel niet effectief is en (d) dat het wetsvoorstel niet efficiënt is en dat dus (conclusie) het wetsvoorstel niet moet worden aangenomen.

<sup>4</sup> Het is ook mogelijk dit kritiekpunt op te vatten als een aanval op de effectiviteit van het wetsvoorstel. Wellicht menen de auteurs hier dat de juridisering veel effectiever kan worden aangepakt door rechtmatig te besturen.

<sup>5</sup> Het spreekt voor zich dat de argumenten relevant zijn en dat omdat er ook voldoende argumenten aangevoerd de redenering dus geldig is. Zie voor deze begrippen hoofdstuk 5.



Aan de hand van het schema kan eenvoudig worden nagegaan dat de argumentatiestructuur meervoudig is. Ieder argument is al voldoende om de conclusie te kunnen trekken. Elk van de argumenten is ook aannemelijk, dus de argumentatie is zeker deugdelijk te noemen. (De redenering is al deugdelijk bij één aannemelijk argument, omdat de structuur meervoudig is.)

### 3.2 *Argumenten: verdedigen/aanvallen (bestuurders)*

#### *Juridisering bestaat wel*

In *Bestuur in geding* komen op verschillende plaatsen verdedigingen voor. Een kenmerk is dat ze niet controleerbaar zijn, omdat de auteurs de argumenten parafraseren en geen bron vermelden. De eerste verdediging volgt op de bewering dat de rechter ‘een alomtegenwoordige medebestuurder’ is geworden en dat dat een probleem is omdat dan ‘verantwoordelijkheid wordt gedragen door een instantie die geen democratische verantwoording aflegt.’ (Van Kemenade en Verstedden 1997, p. 23) Dan volgt de weergave van de aanval en de verdediging:

Men zou kunnen aanvoeren, zoals ook de evaluatiecommissie in feite doet, dat dit niet zo erg is omdat deze instantie slechts het proces bewaakt en niet de inhoud, maar dan moet daartegenover worden gesteld dat het proces toch wel zeer bepalend is voor de ruimte die het bestuur feitelijk heeft om effectief te kunnen besturen en bovendien geldt dat de aard en de praktijk van de normen de facto erop neerkomen dat ook de inhoud van het besturen mede wordt bepaald door de rechter, al wordt het niet openlijk verwoord. (p. 23)

Het punt van de evaluatiecommissie valt te reconstrueren als het argument dat juridisering geen probleem is (‘niet zo erg’). De indruk is dat de redenering van de evaluatiecommissie hier op een vrije manier wordt geïnterpreteerd. Merkwaardig genoeg zijn het de woorden ‘in feite’ die die indruk wekken. De verdediging acht ik niet aannemelijk. Het is voor een twijfelende sympathisant op grond van het hierbovenvermelde niet in te zien dat het proces ‘bepalend is voor de ruimte’ voor effectief bestuur en dat de rechter de inhoud van het besturen mede bepaalt. Een bijkomend probleem is dat de bestuurders het niet aannemelijk kunnen maken. We moeten maar geloven dat de rechter de inhoud mede bepaalt, want hij verwoordt dit ‘niet openlijk’. Geloven, dat doet een twijfelende medestander echter niet, die wil argumenten zien.

In paragraaf 2.4 van het rapport verdedigt de werkgroep zich tegen een opvatting ‘in rechterlijke kring’ (p. 33). De paragraaf heeft de titel “De rechter op de stoel van het bestuur”. De bestuurders geven de rechtsgeleerde aanval weer ‘dat de rechter [...] niet op de stoel van het bestuur kan zitten. Bij vernietiging van een besluit op inhoudelijke gronden wordt het voorstel immers “slechts” teruggezonden; het bestuur kan vervolgens een beter besluit nemen.’



(p. 31) De werkgroep brengt hier tegenin dat het bestuursorgaan verplicht is bij het betere besluit de uitspraak van de bestuursrechter in acht te nemen.

Dit 'betere besluit' veronderstelt namelijk, dat de overheid—in heroverweging—een andere belangenafweging moet maken en wel een belangenafweging overeenkomstig de inzichten van de betrokken rechter, aangezien de Algemene wet bestuursrecht met zoveel woorden bepaalt, dat het desbetreffende bestuursorgaan een nieuw besluit moet nemen 'met inachtneming van de uitspraak' van de rechter (artikel 8:72, vierde lid, Awb).  
(p. 33)

De rechter kan volgens de bestuurders dus wel op de stoel van het bestuur zitten. De tegenwerping is niet onaannemelijk. Maar het is niet duidelijk tegen welk kritiekpunt van wie de bestuurders zich hier verdedigen.

### *Juridisering is wel een probleem*

De aanval van Brouwer en Schilder in *Ars Aequi* dat te intensieve rechterlijke toetsingen niets meer zijn dan een 'overgangsprobleem', wordt door Van Kemenade en Verstedden, die door het tijdschrift om een antwoord waren gevraagd, niet verdedigd. De bestuurders doen net of er geen aanval was en geven een soort van samenvatting van hun inmiddels bekende betoog. (Van Kemenade en Verstedden 1998, pp. 274-277) Dat signaleren Brouwer en Schilder in hun "Nawoord" ook. (Brouwer en Schilder 1998b, p. 278)

### *Het wetsvoorstel is wel effectief*

De auteurs keren zich in de *Inleiding* van *Bestuur in geding* tegen de bewering dat de Algemene wet bestuursrecht niet de oorzaak is van juridisering, maar dat 'autonome maatschappelijke ontwikkelingen' er de oorzaak van zijn. (Van Kemenade en Verstedden 1997, p. 20) Deze bewering zou als een argument tegen het wetsvoorstel kunnen worden gereconstrueerd. Omdat het wetsvoorstel een wijziging van de Awb behelst, zouden we de bewering kunnen interpreteren als de aanval dat het wetsvoorstel van de bestuurders niet effectief is (want met het veranderen van de Awb wordt de oorzaak niet weggenomen) en dat het daarom niet moet worden aangenomen. De zojuist genoemde bewering wordt volgens de auteurs van *Bestuur in geding* gedaan door de Commissie Evaluatie Algemene wet bestuursrecht. De bestuurders noemen overigens de titel van het rapport van deze commissie niet en parafraseren de bewering van de evaluatiecommissie, zonder bronvermelding. Ze voeren ter weerlegging een heuse stortvloed van argumenten aan.

De werkgroep geeft de evaluatiecommissie toe dat de juridisering op zichzelf zeker niet in zeer sterke mate aan de Awb kan worden toegeschreven. Zij merkt daarbij overigens wel op dat de Awb hier ook niet geheel kan worden vrijgepleit. De werkgroep wijst op het besluitbegrip dat tot een niet verwaarloosbare verruiming van procedures, van de werkingssfeer van normen en van de bezwaar- en beroepsmogelijkheden heeft geleid, op de expliciete of impliciete vantoepassingverklaring van regels van de Awb op algemeen verbindende voorschriften en feitelijke handelingen, op de

openstelling—in beginsel—van bezwaar en beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en op de verlenging van procedures ten gevolge van de invoeging—als regel—van een eerste rechterlijke instantie (die de wet Arob niet kende) en van mogelijk verzwarende voorprocedures. Ook wijst de werkgroep op de overheveling van een aantal beginselen van behoorlijk bestuur van het ongeschreven recht naar het geschreven recht—die deze een minder flexibele status geven—en op de vervanging van het willekeurverbod door het evenredigheidsbeginsel. De werkgroep staat dan nog niet eens stil bij de derde fase van de Awb (die naar verwachting op 1 januari 1998 in werking zal treden), waarin subsidie- en beleidsregels zijn opgenomen, die voorheen grotendeels praktijkregels of andere regels van een minder zware status waren. De derde fase brengt ten aanzien van de subsidiëring een sterke formalisering teweeg en levert duidelijk een bijdrage aan verdere juridisering. Op z'n minst moet men dus zeggen dat de Awb aan de juridisering het een en ander heeft toegevoegd en nog toevoegt, al is daarbij mede voortgebouwd op ontwikkelingen in de bestuursrechtelijke en civielrechtelijke jurisprudentie. (pp. 21 en 22)

Nu behoren van deze argumenten alleen die tot de verdediging van het wetsvoorstel die een oorzaak van juridisering inhouden die de bestuurders ook echt voorstellen weg te nemen. De werkgroep stelt bijvoorbeeld niet voor om het beroep bij de rechtbank af te schaffen, dus de introductie door de Awb van deze juridiserende factor is niet te beschouwen als een argument dat het wetsvoorstel effectief is. Maar er worden hier ook argumenten genoemd die corresponderen met de door de bestuurders voorgestelde wijzigingen in de Awb. De belangrijkste zijn het beroep tegen algemeen verbindende voorschriften (de bestuurders stellen voor dit niet in te voeren) en het evenredigheidsbeginsel (de bestuurders stellen voor deze norm te vervangen door het willekeurverbod). In zoverre is bovenstaand betoog dus wel degelijk te beschouwen als een verdediging van het argument dat het wetsvoorstel effectief is. De verdediging is ook aannemelijk te noemen.

In het tijdschrift *Justitiële verkenningen* blikt F. de Zeeuw, lid van Gedeputeerde Staten van Noord-Holland, in de rubriek *Journal* terug op het nummer ervóór, het nummer dat geheel gewijd was aan juridisering. De Zeeuw is het met de teneur van dat nummer, dat het met de juridisering wel meevalt, niet eens. Hij weerlegt het argument dat de bestuurders de juridisering kunnen verminderen door goede inspraakprocedures en voorlichting. De Zeeuw citeert een uitspraak van P. Ippel: 'Voor inventieve bestuurders is het, lijkt me, een uitdaging om de contacten met belanghebbenden zo te verbeteren, dat zij niet achteraf met juridisch meerwerk worden geconfronteerd.'<sup>6</sup> Het is niet helemaal duidelijk wat voor soort aanval Ippels argument impliceert. Uit Ippels artikel valt dat niet goed op te maken. We kunnen denken aan de conclusie dat juridisering effectiever opgelost kan worden door de bestuurders zelf (door rechtmatig en democratisch te besturen) en dat daarom het wetsvoorstel niet langer als effectief kan worden beschouwd of dat het wetsvoorstel, nu er een kosteloos alternatief bestaat (?), niet efficiënt genoeg meer is. Volgens De

<sup>6</sup> Ippel schreef overigens 'weerwerk' en niet 'meerwerk' (Ippel 1997, p. 37).



Zeeuw is de aanval 'Alice in bestuurlijk wonderland': het aantal bezwaar- en beroepsprocedures zal wel kunnen afnemen door goede communicatie met belanghebbenden, 'maar het is volstrekt naïef te menen dat daarmee het vraagstuk van de juridisering kan worden opgelost; daarvoor zijn de maatschappelijke belangentegenstellingen te groot.' (De Zeeuw 1997a, p. 165) Dit is geen onaannemelijk argument.

*Het wetsvoorstel is wel efficiënt*

In hoofdstuk 4, waar de werkgroep voorstellen doet, beantwoorden de bestuurders een 'vraag' die kan opkomen (Van Kemenade en Verstedden, p. 54). De vraag houdt de kritiek in dat het betreffende voorstel—om bij schending van een voorschrift het besluit niet te vernietigen maar de burger een schadevergoeding toe te kennen (zie § 4.3)—de mogelijkheid biedt 'onrecht af te kopen'. In paragraaf 4.3 heb ik de weerlegging van deze kritiek al weergegeven: volgens de bestuurders moeten burgers leren leven met 'individuele vrijheidsbenamingen'. (p. 54) Het spreekt voor zich dat dit argument niet aannemelijk is.

Al met al is de conclusie dat de verdediging/aanval van de bestuurders niet deugdelijk is. Om deugdelijk te zijn, moet de verdediging geldig zijn en moeten alle argumenten aannemelijk zijn (omdat de rechterlijke aanval/onderbouwing meervoudig was). Over de geldigheid van de verdediging kan men twijfelen, want de bestuurders maken nergens echt duidelijk tegen welke redenering ze zich verdedigen. Daar komt nog bij dat de bestuurders niet telkens aannemelijke argumenten aanvoeren ter verdediging/aanval.

3.3 *Extra: Van der Heijden v. Van Kemenade*

De conclusie die tot dusver uit het debat kan worden getrokken, is dat de partijen elkaar lijken te verstaan. De aanvallen en verdedigingen geven geen blijk van misverstanden. Ik geef hieronder twee 'ontmoetingen' weer tussen Van der Heijden (hoogleraar arbeidsrecht UvA) en Van Kemenade. In de eerste lijkt er sprake van een misverstand of althans een gebrekkige communicatie, in de tweede spelen argumenten in verhouding tot de andere overtuigingsmiddelen een zeer beperkte rol.

De eerste confrontatie tussen beide heren vindt plaats tegen de achtergrond van een controversiële rechterlijke uitspraak over de uitbreiding van Den Haag. Hoe ziet die zaak eruit? Voor de ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam beweren de ondernemingsraden van de omliggende gemeenten dat de provincie Zuid-Holland hen niet—en vervolgens: te laat—om advies heeft gevraagd over de voorgenomen grenscorrecties rond Den Haag. De ondernemingskamer geeft de ondernemingsraden gelijk en bepaalt dat de provincie nog geen besluit over de grenscorrecties mag nemen. Van toepassing is artikel 46d onder b Wet op de Ondernemingsraden, waarin staat dat het overleg tussen ondernemer en ondernemingsraad, wanneer het gaat om overheidsorganisaties, niet betrekking heeft op politieke aangelegenheden,

‘behoudens voor zover het de gevolgen daarvan [betreft] voor de werkzaamheden van de in de onderneming werkzame personen.’ Volgens een artikel in *Trouw* (27 november 1998) zouden de grenscorrecties negatieve gevolgen hebben voor zo’n dertig tot veertig ambtenaren. Allerlei bestuurders bekritisieren de uitspraak, onder andere gedeputeerde Van der Goot van Zuid-Holland en burgemeester Deetman van Den Haag. In *de Volkskrant* (27 november 1998) wordt Van Kemenade geïnterviewd. Van Kemenades klacht is opmerkelijk genoeg *niet* dat de rechter belangen heeft afgewogen—en dus is gaan besturen—, maar dat de ondernemingskamer belangen *verkeerd* heeft afgewogen: ‘Toen de ondernemingsraden met de klacht kwamen dat ze te weinig tijd kregen, had hij kunnen zeggen: hoezo te weinig tijd, u weet al heel lang dat dit speelt. Toen had de rechter het belang van de dertig betrokken ambtenaren moeten afwegen tegen het belang voor de stad Den Haag.’

In het *Nederlands Juristenblad* (8 januari 1999) stelt Van der Heijden in de rubriek *Opinie* dat de ondernemingskamer gewoon de jurisprudentie volgt (Van der Heijden 1999a, p. 11) en dat de rechter hier niet op de stoel van het bestuur gaat zitten. ‘De rechter kijkt slechts of de werkgever-overheid heeft voldaan aan de gestelde regels.’ Volgens de rechtsgeleerde geeft de rechter alleen aan dat het advies van de ondernemingsraden zou moeten worden afgewacht. ‘Het [is] niet zo dat de rechter iets te beslissen heeft over de inhoud van het politieke besluit.’ (Van der Heijden 1999a, p. 12) Van der Heijden noemt de kritiek van de bestuurders en het interview met Van Kemenade in *de Volkskrant*. Maar zijn ‘kritiek’ is niet goed te beschouwen als een aanval op Van Kemenades uitspraak. Van Kemenade heeft immers niet beweerd dat de rechter op de stoel van het bestuur is gaan zitten, dat de rechter zich ten onrechte bemoeide met een politieke keuze. (Hij beweerde dat de rechter zich er *anders* mee had moeten bemoeien.)

Van Kemenade wordt door de redactie om een antwoord gevraagd. Hij herhaalt niet alleen zijn vertrouwde betoog over juridisering, maar ook zijn oordeel dat de ondernemingskamer ‘gelet op het grote publieke belang van de grenscorrectie en op het feit dat die ondernemingsraden al meer dan een jaar wisten dat dit speelde, had kunnen beslissen dat ze wel degelijk binnen die termijn konden adviseren, zoals ook veertien andere ondernemingsraden hebben gedaan.’ (Van Kemenade 1999, p. 13) Op wat Van der Heijden heeft beweerd, reageert Van Kemenade niet.<sup>7</sup>

De aanleiding van de tweede confrontatie is het boekje van Van der Heijden over de ‘verramsing van het recht’ (Van der Heijden 1999b, 95). Het werkje is volgens de auteur niet een rechtsgeleerde studie—het is een ‘verhaal’, geen ‘wetenschappelijk geschrift’. (p. 7) De auteur probeert niet echt *redeneringen* van bestuurders aan te vallen: na een korte, gekleurde weergave van *Bestuur in geding*—Van der Heijden benadrukt vooral het ‘geërgerde’,

<sup>7</sup> De Hoge Raad heeft op 26 januari 2000 overigens de beschikking van de ondernemingskamer vernietigd (LJN-nummer AA4735). Volgens de Hoge Raad is uit de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel af te leiden dat in dit geval het bestuursorgaan niet het advies van de ondernemingsraad dient te vragen en af te wachten.



‘getergde’ ethos van de bestuurders (pp. 95-97)—behandelt hij instemmend enkele kritieken op *Bestuur in geding* (pp. 97-102).

Van Kemenade noemt *Het recht in de ramsj* op een Landelijke Bestuurskunde Dag ‘eenzijdig’ en ‘tendentieus’ (Van Kemenade 2000, p. 227). ‘[Van der Heijden] maakt van de zorgen van de bestuurders [...] een karikatuur, om daar vervolgens naar hartelust op in te ramsjen.’ (p. 227) Volgens de bestuurder maakt de rechtsgeleerde zich schuldig aan een ‘bekende debaterstruc’ waardoor hij zich bezondigt aan ‘een betreurenswaardige vervuiling van de discussie’. (p. 227) Van der Heijden beweert volgens Van Kemenade ten onrechte dat de bestuurders geen oog hebben voor het eigen falen. Ook speelt hij volgens van Kemenade op de man door te schrijven dat het vooral ‘maakbaarheidsideologen’ zijn die achter de bestuurlijke kritiek zitten. (p. 227) Van Kemenade weerlegt dit met het argument dat de liberaal Bolkestein het juridiseringsprobleem ook hoog op de agenda zette.<sup>8</sup>

Tot zover de argumenten—en, wat dit laatste betreft, de andere overtuigingsmiddelen!—die de rechtsgeleerden en bestuurders gebruiken in hun pogingen aan te vallen respectievelijk te verdedigen. Vast te stellen is dat sommige van de aanvallen en verdedigingen niet (goed) beantwoord worden. De eerder behandelde aanvallen van onder andere de rechtsgeleerden Damen en De Waard zijn wel te beschouwen als *to the point* gericht en hetzelfde geldt voor enkele verdedigingen uit *Bestuur in geding* en van De Zeeuw. De vraag of de partijen elkaar niet *kunnen* begrijpen, lijkt hiermee al beantwoord. Toch zal ik straks de metaforen reconstrueren die de rechtsgeleerden veronderstellen, opdat nog beter beredeneerd kan worden of er, als gevolg van wederzijdse onbekendheid met een verschil in perspectief, rekening moet worden gehouden met een misverstand tussen beide partijen. Eerst rond ik echter de behandeling van de overtuigingsmiddelen af.

### 3.4 *Ethos en pathos*

#### *Ethos*

Onder de overtuigingsmiddelen die met ethos (de kalme emoties) worden aangeduid, valt in het bijzonder het uitstralen van een bepaald karakter. Maar ook behoort het oproepen van een bepaald beeld van de tegenstander ertoe. Pathos heeft betrekking op de sterke emoties, zoals woede, verontwaardiging en medelijden. De verwachting is dat het aanwakkeren van dergelijke emoties in rechtsgeleerde artikelen niet voorkomt.

De retorica adviseert de redenaar bescheidenheid en deskundigheid uit te stralen. De rechtsgeleerden stralen zeker deskundigheid uit. De *rechtsgeleerdheid* van de juristen uit zich voortdurend in het moeiteloze gegoochel met jurisprudentie, in het gemak waarmee subtiele onderscheidingen worden gemaakt en in de parate kennis van oude en nieuwe wetgeving. Uit de teksten spreekt veel minder een bescheiden karakter. Sommige van de juristen lijken zelfs het verschil in deskundigheid te *benadrukken*. Dit bevordert het

<sup>8</sup>

Zie ook hoofdstukken 8 en 9 van dit proefschrift.

ontstaan van een bescheiden imago natuurlijk niet. In paragraaf 2 van dit hoofdstuk citeerde ik al uit de inleiding van De Waards commentaar op *Bestuur in geding*. De Waard gebruikt de metafoor van de uitwedstrijd om het debat te karakteriseren: de juristen spelen thuis, zij zijn *thuis* in de materie, de bestuurders bevinden zich op vreemd terrein. De boodschap is dat zij het bestuursrecht niet (goed) beheersen.

Het verschil in deskundigheid wordt misschien ook op een andere, subtielere manier bevestigd. De rechtsgeleerden doen geen alternatief voorstel. Ze lijken hierdoor wat minder *partij* te zijn in het debat. De bijdrage van de juristen is uitsluitend een aanval op het wetsvoorstel dat de bestuurders naar voren hebben gebracht. Ook door niet te verdedigen (paragraaf 3.1 van dit hoofdstuk), kan de indruk ontstaan dat zij geen partij zijn. Hierdoor kan bij toeschouwers de indruk ontstaan dat de juristen deskundig zijn. Zij achten zichzelf immers capabel om de prestaties van anderen te beoordelen? Bij de toeschouwer kan de indruk ontstaan dat de rechtsgeleerden niet tegenover de bestuurders staan—en net als de bestuurders partij zijn in het debat—, maar erboven. Het imago van deskundigheid lijkt, doordat het gepaard gaat met het imago van de docent, te leiden naar dat van onpartijdigheid. De hoogleraren en rechters schijnen als het ware de rechterrol, de rol van publiek dus, te spelen. Die rol van docent of beoordelaar past natuurlijk ook goed bij het beroep van rechter en rechtsgeleerde.<sup>9</sup>

Er zijn wat voorbeelden op te sommen waarbij deze rol van docent en publieksinstantie het duidelijkst naar voren treedt: Allewijn geeft aan het eind van zijn rede op het Tilburgse congres vijf 'tips' aan bestuurders (Allewijn 1997, pp. 21-22), Allewijn en Brenninkmeijer geven een soort *lesje* staats- en bestuursrecht in hun opinie in NRC Handelsblad (Allewijn en Brenninkmeijer 1997) en De Waard vergelijkt het bijstellen van het bestuursrecht met het besturen van een mammoettanker: bestuurders moeten niet 'op het oog gaan sturen, zonder een grondige analyse van de koers.' (De Waard 1998, p. 61) Ook schrijft De Waard naar aanleiding van de kritiek dat de rechter de redelijkheid van het besluit toetst: 'iedere *jurist* [weet] dat je dat niet zo mag zeggen.' (De Waard 1998, p. 62, mijn cursivering) Over het passeren van inhoudelijke gebreken schrijft Konijnenbelt: 'Nou, mooi niet.' (Konijnenbelt 1997, p. 96), Tak schrijft dat hij 'nog nooit zo'n onvoldragen product op dit niveau' heeft gelezen (Tak 1998, p. 21) en Damen vraagt zich af of het 'gebruikelijk [is] op basis van zo gebrekkige kennis' met voorstellen te komen. (Damen 1998, p. 243) Deze tips, lesjes, waarschuwingen en oordelen wekken allemaal de indruk dat de rechtsgeleerden geen partij zijn in het debat. De rechtsgeleerden verheffen zich met deze retoriek boven de bestuurders en plaatsen zich in een positie van waaruit ze lessen en waarschuwingen kunnen geven en oordelen kunnen vellen. Dit kan een zeer effectief overtuigingsmiddel zijn omdat als een partij het publiek weet te overtuigen dat zij geen partij is, zij ook niet door het publiek

<sup>9</sup>

Verheij merkt iets vergelijkbaars op: 'Er is nu eenmaal een inherente spanning tussen de doeners van het bestuur, die dingen voor elkaar moeten krijgen, en de schoolmeesters van de rechterlijke macht, die de [...] taak hebben te controleren of het bestuur die dingen wel volgens het boekje voor elkaar krijgt.' (1997, p. 15)



*beoordeeld* zal worden als partij—maar bijvoorbeeld *gebruikt* zal worden als onafhankelijk deskundige.

Een ander overtuigingsmiddel, dat ik ook onder *ethos* schaar, is de bestuurders ‘in het veld’ een negatief imago toe te kennen. De Waard schrijft dat bestuurders zich moeten ‘laten voorlichten door een [...] bestuursrechtelijk deskundige’ (De Waard 1997, p. 12), Verheij vindt dat het bestuur moet ‘investeren in de juridische kwaliteit van het personeel’ (Verheij 1997, p. 26), Allewijn en Brenninkmeijer stellen ‘dat het probleem [...] vaak schuilt in een matige juridische vormgeving van [het bestuurlijk] handelen’ (Allewijn en Brenninkmeijer 1997) en Winter en Herweijer geven hun reactie op *Bestuur in geding* de titel: ‘Versterking van juridische functie hard nodig’ (Winter en Herweijer 1997, p. 22). Het beeld wordt gewekt dat de bestuurders in het veld weinig kennis hebben van en belang hechten aan het bestuursrecht. De aandacht hiervoor is logisch gezien niet nodig, omdat in *Bestuur in geding* wordt toegegeven dat het in bestuursorganen aan kennis van het bestuursrecht schort. Retorisch gezien heeft zij wel een functie: de reputatie van de andere partij (die immers bestaat uit bestuurders) aantasten.

### *Pathos*

In de rechtsgeleerde bijdragen aan het juridiseringsdebat spelen de overtuigingsmiddelen die onder *pathos* (felle emoties) vallen toch een rol. Uit de woordkeus in de teksten van vooral Tak en, in mindere mate, Damen valt hier en daar een zekere woede of agressiviteit af te leiden. Tak noemt *Bestuur in geding* een ‘onvoldragen product’. Het recht op een eerlijk proces wordt volgens hem ‘herhaaldelijk verkracht’. (Tak 1998, p. 21) Damen noemt de voorstellen ‘ondoordacht, onzorgvuldig of overbodig’ en vraagt zich af ‘in welke wereld deze politici en bestuurders leven’. (Damen 1998, pp. 241 en 243)

## 4 Het gezichtspunt van rechtsgeleerden op juridisering

Welke metaforen gebruiken de rechtsgeleerden? In het vorige hoofdstuk werd duidelijk dat de bestuurders het recht onder andere zien als een keurslijf en een kooi. In de rechtsgeleerde bijdragen aan het debat komen dezelfde metaforen voor, maar alleen omdat de juristen het standpunt van het bestuur samenvatten (voor ze het aanvallen). Het zijn dus niet echt de metaforen die de rechtsgeleerden *zelf* veronderstellen.

### RECHT IS EEN KEURSLIJF

bestuurders ervaren de juridische randvoorwaarden als *knellend* (Allewijn en Brenninkmeijer 1997)

men voelt zich in bestuurlijke kringen kennelijk nog steeds in de *knel* gebracht door het bestuursrecht (De Waard 1998, p. 60)

voorzover art. 6:22 Awb een te *strak keurslijf* is (De Waard 1998, p. 62)

er zijn weinig *knelpunten*: situaties waarin het bestuur wordt belemmerd door juridische eisen (De Waard 1997, p. 6)

*knelpunten* hebben meer te maken met gebrek aan voorspelbaarheid van rechterlijke uitspraken (De Waard 1997, p. 7)

#### RECHT IS EEN WEB

het bestuur in het *web* van de rechter (Brouwer en Schilder 1998a, p. 156)  
 lijden de bestuurders aan *spinfobie*? (Brouwer en Schilder 1998a, p. 156)  
 de rechter behoort tot de meer gevaarlijke soort *spinnen* (Brouwer en Schilder 1998a, p. 156)  
 is het *rechtersweb* er wel? (Brouwer en Schilder 1998a, p. 157)

Hetzelfde geldt voor de beeldspraak waarbij een juridische procedure wordt aangeduid als het aflopen van een weg. Ook hier bekritisieren de rechtsgeleerden de voorstellen van de bestuurders en nemen ze zo de beeldspraak over.

#### RECHTSPRAAK IS EEN WEG

de mogelijkheid om vormvoorschriften te *passeren* (De Waard 1997, p. 10)  
 nagegaan moet worden of een *stroomlijning* of *bundeling* van procedures mogelijk is (Boukema 1996, p. 145)  
 de totale *doorlooptijd* aan een wettelijke termijn binden (Helder 1997, p. 61)  
 de burger fungeert bij Van Kemenade cum suis als de *dwarssligger* (Allewijn en Brenninkmeijer 1997)  
*passeren* van formele of materiele gebreken (velen)  
 de bestuurders moeten kennelijk nogal wat juridische *hobbels* nemen (Damen 1998, p. 244)

Tenslotte vinden we ook heel beperkt de beeldspraak van de stoel in de teksten van de rechtsgeleerden terug. Ook hier wordt de metafoor van de tegenstander overgenomen, omdat de tegenstander tegengesproken wordt.

#### EEN FUNCTIE IS EEN STOEL

hier is de rechter niet op de *stoel* van het bestuur gaan zitten (Allewijn en Brenninkmeijer 1997)  
 het probleem bestaat niet: de rechter zit niet op de *stoel* van het bestuur (Tjittes 1998)

In de optiek van de bestuurders is de beeldspraak van de stoel een onderdeel van het model van machtscheiding. In de bijdragen van de rechtsgeleerden wordt niet vanuit dit model geredeneerd. Wellicht vinden juristen dit model te abstract. In het bestuursrecht is het model van de machtscheiding als het ware geoperationaliseerd in het leerstuk van marginale toetsing. Marginale toetsing is zelf ook beeldspraak. Het begrip neemt een centrale plaats in het juridische vocabulaire in. Het maakt denk ik deel uit van de meer algemene metafoor RECHT IS EEN GRENS. De uitdrukkingen hieronder maken duidelijk dat het recht niet alleen grenzen stelt aan het handelen van het bestuur, maar ook aan dat van de rechter.



#### RECHT IS EEN GRENS

bestuurlijke afwegingen moeten binnen de *grenzen* van het recht blijven (Hirsch Ballin 1996, p. 106)

het bestuursrecht formuleert de *grenzen* die bij het besturen in acht moeten worden genomen (Allewijn 1997, p. 20)

verstandige bestuurders laten zich over de *grenzen* voorlichten in plaats van te mopperen over de *grenswachten* (Allewijn 1997, p. 20)

juristen zijn er om u de *grenzen* van uw bevoegdheden voor te houden (Allewijn 1997, p. 21)

het recht *begrenst* bestuurlijke bevoegdheden (Allewijn en Brenninkmeijer 1997)

de rechter dient zijn eigen *grenzen* in acht te nemen (Boukema 1996, p. 144)

sommige lagere rechters gingen *onbegrensd* te werk (Helder 1997, p. 61)

Het zal duidelijk zijn dat het de *rechter* is die de *grenzen* bewaakt. Het begrip 'marginale toetsing' speelt een rol wanneer de rechter de afweging van belangen door het bestuursorgaan beoordeelt. De rechter behoort deze afweging marginaal te toetsen, dat wil zeggen, de rechter mag niet beoordelen of de afweging door het bestuur volgens hem de meest redelijke afweging is. Hij moet beoordelen of het bestuur *onredelijk* handelt, of het de marges van het redelijke overschrijdt.

#### BESTUURSRECHTSPRAAK IS GRENZEN BEWAKEN (MARGINALE TOETSING)

de rechter moet beoordelen of het bestuur getreden is buiten *grenzen* van wat redelijk is (De Waard 1998, p. 62)

juist omdat de rechter niet *in* de beleidskeuzen van het bestuur mag *treden*, moet hij zijn toetsing beperken tot de *buitenkant* van het besluit (Verheij 1997, p. 19)

bij beleidsvrijheid beperkt de rechter zich al tot een *marginale* toetsing (Damen 1998, p. 245)

een rechter zal altijd de binnen de *wettelijke kaders* passende beleidskeuze respecteren (Tjittes 1998)

is er voor het bestuur *beleidsruimte*, dan moet *terughoudend* worden getoetst (Boukema 1996, p. 144)

er is misschien sprake geweest van te *intensieve* rechterlijke bemoeienis (De Waard 1997, p. 8)

De rechtsgeleerden beschrijven, anders dan de bestuurders, rechtspraak niet in termen van oorlog. Het is het debat over juridisering dat als een oorlog wordt begrepen.

#### HET DEBAT OVER JURIDISERING IS EEN OORLOG

*ingegegraven* in juridische vertogen (Hirsch Ballin 1996, p. 106)

vertegenwoordigers van het openbaar bestuur hebben de *aanval* geopend op de juridisering (Polak 1997, p. 950)

de bestuursrechtspraak *ligt onder vuur* (Polak 1997, p. 950)

de werkgroep Van Kemenade heeft een *schot voor de boeg gegeven*; dat *schot* kan niet onbeantwoord blijven (Winter en Herweijer 1997, p. 22)

de bestuursrechter *onder vuur* (Damen 1998, p. 241)  
het heftige *tegenvuur* heeft de werkgroep zelf opgeroepen (Damen 1998, p. 241)  
voorstellen die beogen het primaat van de politiek te *heroveren* op het  
*juristendom* (Damen 1998, p. 247)

Eerder zijn we overigens ook al de metafoor DEBAT IS VOETBAL (of een andere sport) tegengekomen: 'de werkgroep speelt een *uitwedstrijd*' (De Waard 1998, p. 60)

Tenslotte noem ik enkele metaforen die een geïsoleerd karakter hebben. Ze zijn dus niet kenmerkend voor het taalgebruik van de juristen.

#### HET BESTUURSRECHT IS EEN MAMMOETTANKER

het *sturen* van het bestuursrecht heeft iets van het *sturen* van een *mammoettanker* (De Waard 1998, p. 61)

als je *op het oog gaat sturen*, loop je de kans ergens uit te komen waar niemand wil zijn (idem)

de effecten van *koerscorrecties* worden pas laat zichtbaar (idem)

*koerswijzigingen* in de wet en in de jurisprudentie (idem)

#### DE RECHTSSTAAT IS EEN BOOM

dan zet je de *bijl* aan de *wortels* van de rechtsstaat (Damen 1998, p. 245)

#### HET BESTUURLIJK ONGENOEGEN IS EEN IJSBERG

*Bestuur in geding* is het *topje* van de *ijsberg* van bestuurlijk ongenoegen (Damen 1998, p. 249)

#### DE RECHTER IS EEN HOND

de algemene gedachtengang is dat de rechter *terug* moet *in zijn hok* (Dijkstra 1997, p. 16)

het pleidooi is dat de rechter *terug in zijn hok* moet (Tjittes 1998)

Wanneer we de metaforen van beide partijen vergelijken, komt de conclusie naar voren dat de partijen niet heel verschillende beeldspraak gebruiken. De rechtsgeleerden nemen metaforen van de tegenstander over en maken gebruik van het vocabulaire van marginale toetsing. In het juridische commentaar treffen we het machtscheidingsmodel van de trias politica niet sterk aan (dat was bij de bestuurders wel zo), maar de metafoor RECHT IS EEN GRENS lijkt hier op (er worden zelfs vergelijkbare beweringen mee gedaan ('de rechter dient zijn eigen grenzen in acht te nemen')). Als er al sprake is van een verschil in perspectief, dan uit dit zich niet in een verschil in metafoorgebruik. Kennelijk is er (in elk geval ook) een gedeeld vocabulaire, een gedeeld perspectief dat wederzijds begrip en communicatie tussen de partijen mogelijk maakt. De metaforen worden wel heel anders gebruikt (het gedeelde perspectief maakt het innemen van verschillende standpunten mogelijk), maar daaruit kan niet de conclusie worden getrokken dat de partijen elkaar niet begrijpen. Uit de weergave van de aanval van de rechtsgeleerden en de verdediging van de bestuurders tegen die



aanval, kan ook niet worden opgemaakt dat er sprake is van voortdurend onbegrip.

## 5 Conclusie

De bezwaren tegen *Bestuur in geding* worden in het bijzonder vlak na de publicatie van dat rapport scherp verwoord. Alle vier de hoofdargumenten van de bestuurders worden aangevallen. Het verschijnsel juridisering doet zich in beperkte mate voor. Het is niet zo'n groot probleem als de bestuurders menen. Het wetsvoorstel is niet effectief en het heeft grote nadelen. De aanval/onderbouwing van de rechtsgeleerden is deugdelijk. De bestuurders verdedigen zich tegen de meeste van deze aanvallen, maar de verdediging als geheel is niet deugdelijk. We kunnen daarom al concluderen dat het juridiseringsdebat niet het eerste kenmerk van een goed politiek debat heeft. Het is immers niet zo dat de *partijen* deugdelijk beredeneren dat hun oordeel over het wetsvoorstel beter is dan dat van hun tegenstander. Alleen de rechtsgeleerden doen dat.

Het valt op dat de partijen elkaar doorgaans goed begrijpen. Misverstanden doen zich slechts hier en daar voor. De rechtsgeleerde teksten wekken de indruk dat de juristen deskundig zijn, en wel in die mate, dat de rechtsgeleerden bijna geen partij, maar eerder publiek lijken te zijn. De metafooranalyse wijst uit dat bestuurders en rechtsgeleerden grotendeels een gemeenschappelijk vocabulaire gebruiken. Op basis hiervan ligt het ook niet voor de hand voor misverstanden te vrezen. De argumentaties en het metafoorgebruik geven derhalve geen aanleiding te twifelen aan het vermogen van de partijen om met elkaar te debatteren. Of de bestuurskundige analyse, dat bestuurders en rechters verschillende perspectieven op juridisering innemen, juist is, kan in het kader van dit onderzoek niet worden vastgesteld. Maar duidelijk is wel dat in het *debat* dit perspectiefverschil niet aan het licht komt en ook geen problemen oplevert.

## Het kabinetsstandpunt

In hoofdstuk 3 heb ik aangenomen dat het debat over juridisering eigenlijk uit twee debatten bestaat: een debat tussen de bestuurders en de rechtsgeleerden vóór het kabinet en het debat tussen het kabinet en eventueel leden van oppositiepartijen vóór de vaste kamercommissies van Binnenlandse Zaken en Justitie. Vastgesteld is inmiddels dat het eerste debat kenmerk (a) van een goed politiek debat niet heeft: de partijen beredeneren niet deugdelijk dat hun oordeel beter is dan dat van de andere partij. In dit hoofdstuk stel ik vast of de kenmerken b en c van een goed politiek debat in het eerste (deel van het) juridiseringsdebat aanwezig zijn. Laat het kabinet zien (b) dat het de overtuigingsmiddelen ethos en pathos herkent en (c) dat het een weloverwogen oordeel vormt? Ik onderzoek dit in paragrafen 2.1 en 2.2.

Vervolgens vat ik in paragraaf 2.3 het kabinet op als partij in het tweede debat, het debat vóór de kamercommissies van Binnenlandse Zaken en Justitie.<sup>1</sup> Welke overtuigingsmiddelen zet het kabinet hier in? In het volgende hoofdstuk komt dan aan de orde of er ook een tegenpartij kan worden aangewezen (die bestaat uit leden van die commissies) en zo ja, hoe die partij zijn oordeel onderbouwt, verdedigt en dat van het kabinet aanvalt. Eerst leid ik het kabinetsstandpunt in (paragraaf 1). In paragraaf 3 geef ik de metaforen weer die het kabinet veronderstelt.

### 1 Het kabinetsstandpunt en de aanloop ernaartoe

#### 1.1 *Paars I*

In de parlementaire discussies over juridisering wordt met enige regelmaat gerefereerd aan het rapport *Besturen op de tast* (12 september 1996). Volgens dit rapport van de Raad voor het Binnenlands Bestuur (Rbb), waarvan Van Kemenade voorzitter is (!), bestaat in het huidige bestuursrecht ‘het gevaar van een aantasting van de representatieve democratie, doordat de rechter het teveel tot zijn taak gaat rekenen de verschillende indirecte belangen die een rol spelen, af te wegen.’ (Rbb 1996, p. 63) In het rapport wordt een debat tussen bestuurders en rechters als één van de oplossingen aangedragen. De hoop is dat het bijdraagt aan meer ‘begrip’ bij rechters en bestuurders ‘voor elkaars positie’

<sup>1</sup> Het kabinet heeft dus de complexe taak in één document (het kabinetsstandpunt *Juridisering in het openbaar bestuur*) publiek en partij te zijn. Als het kabinet beide rollen of één van beide rollen niet goed vervult, is een mogelijke oorzaak dat de rollen elkaar ‘bijten’. Ik kom hier in hoofdstuk 10 op terug.



(p. 64). Het probleem hierbij is volgens het rapport dat rechters zich niet zo gauw in een publieke discussie mengen. 'Vanuit de bestuurlijke hoek nemen de klachten over het optreden van de rechter recentelijk toe. Vanuit de rechterlijke macht is daar tot nu toe nauwelijks op gereageerd.' (p. 64) Die conclusie kan enkele jaren na de publicatie van het rapport natuurlijk niet meer worden getrokken.

Een rapport dat heel andere conclusies velt ten aanzien van juridisering, is *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1994-1996* van de Commissie Evaluatie Algemene wet bestuursrecht (hierna: CEAwb). De juridisering wordt hier geanalyseerd als 'een gevolg van bewust gewilde en positief te waarderen keuzen.' (CEAwb 1996, p. 84) De Awb is niet de oorzaak van de juridisering. Door de wet aan te passen kan de juridisering ook niet worden opgelost. (p. 84)

In 1997 wordt bij de behandeling van de begrotingen van Binnenlandse Zaken en Justitie over juridisering gesproken. Op 21 januari vraagt het Eerste Kamerlid Holdijk de minister van Binnenlandse Zaken of hij de ingrijpende suggesties wil overnemen die Van Kemenade in zijn toespraken heeft gedaan. (*Handelingen I*, 1996/97, 14, p. 555) Minister Dijkstal antwoordt dat de juridisering 'een punt van zorg [is], mede omdat een aantal commissarissen van de koningin zich daar zorgen over maakt.' (p. 562) Ook zegt Dijkstal dat hij met de bestuurders in gesprek is. Of Dijkstal de suggesties over gaat nemen, kan hij nu nog niet zeggen.

Tijdens de algemene politieke beschouwingen op 17 en 18 september 1997 wordt door de fractievoorzitters en de premier over juridisering gesproken. Bolkestein (VVD) lijkt de analyse van de bestuurders te onderschrijven. 'Er zijn steeds vaker aanwijzingen dat politiek-bestuurlijke afwegingen in bestuursgeschillen door de rechter worden gemaakt.' (*Handelingen II*, 1997/98, 2, p. 65) Bolkestein vindt dat ongewenst: 'een algemene belangenafweging behoort te geschieden door de democratisch gekozen volksvertegenwoordiging, op welk niveau dan ook.' (p. 65) Ook spreekt Bolkestein over de vertragende werking die juridische procedures op het openbaar bestuur kunnen hebben. (p. 66) Wanneer de fractievoorzitter enkele malen opvattingen van Van Kemenade citeert en parafraseert, waarbij ook de invloed van de Awb op de juridisering wordt genoemd, werpt Wolffensperger (D66) Bolkestein tegen dat ook zonder 'onze Algemene wet bestuursrecht' (mijn cursivering) sprake zou zijn geweest van juridisering. Bolkestein geeft dit toe, maar sluit toch aan bij het gedachtengoed van Van Kemenade: 'De rechter behoort zich bij toetsing van bestuursbesluiten uitsluitend te richten op de vragen of het bestuur daartoe de bevoegdheid had, of is voldaan aan de voorgeschreven procedures en of alle feiten en bezwaren en bestaande belangen zijn meegewogen.' (p. 66) Premier Kok neemt in de tweede termijn alleen het probleem serieus dat de juridische procedures zich opstapelen en dat zo 'de bestuurlijke slagvaardigheid in het gedrang [komt]'. (*Handelingen II*, 1997/98, 3, p. 142) Kok onderschrijft niet Bolkesteins analyse dat de rechter bestuurlijke belangenafwegingen maakt. 'In enkele gevallen zal de rechter wel eens op de stoel van het bestuur gaan zitten. Maar dat is uitzondering, geen regel.' (p. 142) De PvdA-fractie in de Tweede

Kamer verzet zich tegen Bolkesteins voorstel. 'Als het betoog van mijn collega een bijdrage probeerde te zijn aan een zekere mate van insnoering van het onafhankelijke rechterlijke oordeel, moet ik daar afstand van nemen,' zegt fractievoorzitter Wallage. (p. 159)

Het standpunt van Kok komt tot uitdrukking in de notitie *Positie openbaar bestuur*, een reactie van het kabinet op het zojuist behandelde rapport *Besturen op de tast*. Hoewel het kabinet schrijft het advies 'waardevol' te vinden, wijkt het toch af van de conclusies die de Raad voor het Binnenlands Bestuur trekt. (*Kamerstukken II*, 1997/98, 25 665, nr. 1, p. 3) Het kabinet lijkt eerder aan te sluiten bij de Commissie Evaluatie Awb, wanneer het stelt dat de juridisering 'niet als iets negatiefs' moet worden beoordeeld. (p. 13) De norm is 'dat de rechter [...] het bestuurlijke primaat [...] respecteert' en volgens het kabinet handelt de rechter volgens deze norm. (p. 15) Het kabinet is ook bezorgd over het tekort aan 'vertrouwen' tussen bestuur en rechter (p. 18). Het kabinet doelt op de verwijten die de partijen elkaar in het openbaar debat maken. De oplossing van dit probleem moet worden gezocht 'in een onderlinge confrontatie tussen bestuur en rechter' zodat 'meer oog voor elkaars taakuitoefening kan ontstaan.' (p. 19)

Op 18 februari 1998 stuurt het kabinet zijn standpunt over de de evaluatie van de Awb naar de Tweede Kamer. In de brief aan de kamervoorzitter meldt het kabinet dat een aparte notitie zal verschijnen over de juridisering en het rapport *Bestuur in geding*. (*Kamerstukken II*, 1997/98, 25 600 VI, nr. 46, p. 1)

## 1.2 Paars II

Voor het juridiseringsdebat is de vorming van het tweede Paarse kabinet niet irrelevant. Bolkestein treedt terug als leider van de VVD-fractie. Daarmee verliest het debat een pleiter die zich achter Van Kemenade leek te scharen. Dijkstal volgt hem op. Dijkstal verlaat zijn post op Binnenlandse Zaken, waar Peper, nota bene lid van de werkgroep Van Kemenade, minister wordt. In de regeringsverklaring van het nieuwe kabinet, lezen we over juridisering enkele daadkrachtige uitspraken: 'Om de democratische besluitvorming te versterken moet de juridisering van het openbaar bestuur worden teruggedrongen. [...] De bestuursrechter moet niet de belangenafweging van het bestuur overdoen maar zich beperken tot marginale toetsing.' (*Kamerstukken II*, 1997/98, 26 024, nr. 10, p. 76) Met name wordt het rapport van de werkgroep Van Kemenade genoemd: 'Uitwerking vindt plaats in o.a. de Algemene wet bestuursrecht waarbij het rapport van de werkgroep Van Kemenade wordt betrokken.' (p. 76) Is de invloed van Peper direct al merkbaar? Later zal Van Kemenade suggereren dat Bolkestein bij de kabinetsformatie heeft aangedrongen op deze passage in het regeerakkoord. (Van Kemenade 2000, p. 227) In de Tweede Kamer laat PvdA-fractievoorzitter Melkert een tegengeluid horen: 'Intussen kan het geweeeklaag over juridisering ontaarden in de verkeerde belangenbehartiging. [...] Wij vragen het kabinet op dit punt toch echt voorzichtigheid te betrachten



bij alles wat de teksten over juridisering suggereren.’ (*Handelingen II*, 1997/98, 92, p. 6227) Ook Rosenmöller (GroenLinks) uit kritiek. (pp. 6238 en 6239)

In het najaar van 1998 stemt de Tweede Kamer in met het voorstel van de staatssecretaris van Binnenlandse Zaken, J. Kohnstamm, en de minister van Justitie, W. Sorgdrager, om het beroep tegen algemeen verbindende voorschriften (avv’s) voorlopig nog niet te realiseren. Dit voorstel stoelen de bewindslieden onder meer op het argument ‘dat het bestuur beleidsvrijheid nodig heeft om zijn taak op een efficiënte manier te verrichten.’ (*Kamerstukken II*, 1996/97, 25 383, nr. 1, p. 10) Het risico is groot dat het openbaar bestuur te ‘stroperig’ wordt. (p. 10) De bewindslieden refereren met betrekking tot deze argumenten aan het artikel ‘Wetgever handelt overhaast’ van de bestuurders De Zeeuw en Zijlstra in het bestuurdersweekblad *Binnenlands Bestuur*. Op het eind van de notitie wordt in meer algemene termen naar de discussie over juridisering verwezen. De opmerkingen ‘vanuit het decentraal bestuur’ ziet het kabinet als ‘een signaal, dat bij de overwegingen of het beroep tegen avv’s reeds met ingang van 1 januari 1999 moet worden ingevoerd moet worden meegewogen.’ (p. 31)

Het allereerste onderwerp in de memorie van toelichting op de justitiebegroting is juridisering. De belangrijkste boodschap is dat de wegen van de rechtspraak niet ‘verstopt’ moeten raken. (*Kamerstukken II*, 1998/99, 26 200 VI, nr. 2, p. 3). Een ‘adequate juridische infrastructuur’ is van groot belang (p. 4). De juridisering in het openbaar bestuur kan worden voorkomen door goede inspraakprocedures, zodat de rechter zich kan ‘[richten] op de essentie: de rechtmatigheid van bestuur en de zorgvuldigheid van afweging van de in geding zijnde belangen.’ (p. 4) Wat deze laatste opmerking precies inhoudt, is nog niet zo duidelijk.

Tijdens de behandeling van de begroting in de Tweede Kamer, op 4 november 1998, verwoordt Halsema (GroenLinks) felle kritiek op het kabinet: ‘voordat het [kabinet] burgers rechtsingangen ontnemt en met de schuldige vinger naar de rechter wijst,’ moet het eerst de kwaliteit van de wetgeving op orde maken. (*Handelingen II*, 1998/99, 20, p. 1219) Uit het citaat lijkt te kunnen worden afgeleid dat bij Halsema de indruk is gewekt—in de regeringsverklaring en de memorie van toelichting—that de regering wel oren heeft naar de voorstellen uit *Bestuur in geding*. Die indruk lijkt juist te zijn. In antwoord op de schriftelijke vraag van de VVD-fractie wat het standpunt over het rapport van de Commissie-Van Kemenade is, schrijft het kabinet dat het ‘positief staat tegenover het rapport.’ (*Handelingen II*, 1998/99, 21, p. 1383)

Dat geldt ook voor de VVD-fractie. ‘Het rapport-Van Kemenade [...] kan zich bij mijn fractie op aanzienlijke sympathie verheugen,’ zegt justitiewoordvoerder Patijn zelfs. (*Handelingen II*, 1998/99, 20, p. 1222) Dat blijkt ook uit de rede van het kamerlid. Patijn sluit op verschillende punten aan bij *Bestuur in geding*: Patijn vindt juridisering ook een ‘constitutioneel probleem’ (p. 1222), een bedreiging voor de democratie (p. 1223). Van der Staaij (SGP) vraagt Patijn kritisch: ‘Is het feit dat het rapport van de commissie-Van Kemenade juist door een *bestuurdersclub* is opgesteld niet een beetje het probleem?’ (*Handelingen II*, 1998/99, 20, p. 1222, mijn cursivering) Patijn antwoordt dat de bestuurders ‘kwaliteit’ hebben en dat het waar is dat sommige

oplossingen 'iets teveel naar het bestuur toe [redeneren]', maar dat 'de analyse overeind [blijft].' (p. 1222) Van der Staaij werpt tegen dat 'ook de andere partij gehoord moet worden.' (p. 1222) 'Ik vind het onbegrijpelijk dat u uw oordeel baseert op een rapport waarbij alleen bestuurders zijn betrokken, terwijl de inbreng van de rechtspraak daarin niet gelijkwaardig naar voren wordt gebracht.' (p. 1222) Patijn herhaalt zijn eerdere repliek en stelt voor later verder te debatteren.

De kleine christelijke partijen besteden ook aandacht aan de juridisering. Rouvoet is bezorgd om de 'rechtsbescherming'. Door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te willen veranderen 'lijkt [de politiek] de toetsing van het eigen handelen te willen reguleren [...].' (*Handelingen II*, 1998/99, 20, p. 1241) Wijzigt de politiek zo niet 'tijdens het spel de regels in haar voordeel'? Van der Staaij laat nogmaals merken dat hij door *Bestuur in geding* niet overtuigd is: '[D]e roep om dejuridisering [is] niet onterecht, maar [kan] door haar trendy karakter gemakkelijk zorgen voor doorslaan. Ten onrechte wordt de suggestie gewekt dat de bestuursrechter met graagte op de stoel van het bestuur gaat zitten.' (p. 1243)

Het is niet precies duidelijk wat de eerder geconstateerde steun van het kabinet voor *Bestuur in geding* nu precies inhoudt. Op de tweede dag van de begrotingsbehandeling lijkt minister Korthals nog naar een heldere positie te zoeken. Eerst legt de minister uit dat juridisering niet 'bij voorbaat een ongewenst verschijnsel is.' (*Handelingen II*, 1998/99, 21, p. 1302) Korthals noemt de juridisering 'onvermijdelijk' en ook 'gewenst'—ten minste: 'in een staat die zichzelf een democratische rechtsstaat noemt.' (p. 1302) Maar in een vraag-en-antwoordspel met Rouvoet neigt Korthals weer wat meer naar de positie van Van Kemenade. Rouvoet zegt: 'Ik wil wegblijven van de suggestie dat wij de mogelijkheden van de rechter om het overheidshandelen te toetsen, gaan beperken, althans willen reguleren naar aanleiding van bijvoorbeeld rechterlijke uitspraken.' (p. 1304) Korthals vindt dit een 'moeilijk discussiepunt' maar lijkt toch al partij te kiezen: 'Mij gaat het erom dat de rechter zijn toetsing niet zodanig uitbreidt dat deze terechtkomt op het terrein van de regelgever. Hierin moet een juist evenwicht worden gevonden. Als daarbij helpt dat er meer inhoud wordt gegeven aan de beginselen van behoorlijk bestuur, ben ik daar voorstander van.' (p. 1304)

### 1.3 *Juridisering in het openbaar bestuur*

Het kabinetsstandpunt *Juridisering in het openbaar bestuur*, het standpunt dat eindelijk duidelijkheid kan bieden over de positie van het kabinet, gaat vergezeld van een begeleidende brief van minister Peper, die ook lid was van de werkgroep die verantwoordelijk was voor *Bestuur in geding*. Het stuk begint met grote woorden. 'De overmatige juridisering van de samenleving kan als één van de grootste vraagstukken in het huidige tijdsgewricht worden beschouwd.' (*Kamerstukken II*, 1998/99, 26 360, nr. 1, p. 3) Vervolgens stelt het kabinet de waarde van een democratisch, effectief en efficiënt openbaar bestuur aan de orde. Dan wordt het doel van het stuk genoemd:



De onderhavige notitie [...] gaat nader in op het debat over juridisering in het openbaar bestuur, mede in relatie tot ontwikkelingen in het bestuursrecht. Het kabinet geeft in deze notitie zijn visie op de juridisering in het openbaar bestuur en gaat daarbij in op de mogelijkheden om deze juridisering tegen te gaan. (p. 3)

Ook kondigt het kabinet aan dat op 'de voorstellen uit het rapport *Bestuur in geding*' zal worden gereageerd. (p. 3)

Na de samenvatting (hoofdstuk 2), die ik hier oversla, wijdt het kabinet een hoofdstuk aan 'Juridisering in de samenleving'. In het eerste hoofdstuk wordt uitgelegd waarom het kabinet deze aanloop neemt: 'Het debat over juridisering moet in een breder kader worden gezien. Juridisering hangt samen met fundamentele maatschappelijke ontwikkelingen en manifesteert zich niet alleen in het openbaar bestuur [...]' (pp. 3-4) Dit bredere kader blijkt een soort sociologisch kader te zijn. Het kabinet citeert en parafraseert uitbundig uit een artikel van (rechts)socioloog Schuyt in het *Nederlands Juristenblad* over juridisering. Vervolgens schetst het kabinet een lange reeks van wereldwijde ontwikkelingen (o.a. emancipatie en individualisering (pp. 9-10)) die zij als oorzaak beschouwt voor de juridisering. Tenslotte trekt het kabinet de conclusie 'dat juridisering tot op zekere hoogte een onvermijdelijk verschijnsel is. Algemene sociaal-culturele ontwikkelingen als emancipatie, individualisering en internationalisering laten zich immers maar in beperkte mate door overheidsbeleid beïnvloeden.' (p. 11) Direct hierna poneert het kabinet de volgende stelling: 'Minstens zo belangrijk is, dat juridisering tevens een gewenst en bewust gewild verschijnsel is.' (p. 11) De woorden lijken letterlijk te zijn overgenomen uit het rapport van de Commissie Evaluatie Awb. De conclusie wordt bondig toegelicht: 'de opbouw van de Nederlandse verzorgingsstaat' en 'de verbetering van de rechtsbescherming tegen de overheid' zijn volgens het kabinet het resultaat van 'bewust gemaakte, democratisch gelegitimeerde en in de Nederlandse samenleving breed gedragen keuzen.' (p. 11) Een zekere mate van juridisering is daarom volgens het kabinet onvermijdelijk en wenselijk 'voor een staat die een democratische en sociale rechtsstaat wil zijn.' (11)

In het vierde hoofdstuk worden enkele ontwikkelingen in het openbaar bestuur genoemd: de toegenomen mondigheid van de burger, de 'onthiërarchisering' van de verhouding tussen burger en bestuur, en het ontstaan van belangengroepen. (pp. 11-12) Volgens het kabinet heeft dit geleid tot juridisering in het openbaar bestuur, een proces dat 'het meest uitvoerig is [...] beschreven in het rapport *Bestuur in geding* [...]' (p. 12) Het kabinet behandelt vervolgens de groei in omvang en complexiteit van de bestuursrechtelijke regelgeving (p. 13) en de toename van het aantal bestuursrechtelijke procedures (p. 14). Tot slot wordt in dit hoofdstuk de juridisering van het openbaar bestuur kort in een historisch perspectief geplaatst. Volgens het kabinet blijkt dat juridisering—gedefinieerd als 'de binding van het bestuur aan het recht en de instelling van rechtsbeschermingsprocedures'—een gewenste en positieve ontwikkeling is. (p. 14) Het kabinet beweert wel dat het beseft dat de opbouw

van het stelsel van rechtsbescherming 'langdurig' en 'moeizaam' is geweest, 'mede als gevolg van weerstand daartegen bij het bestuur zelf'. (p. 15)

Anders dan de titel van hoofdstuk 5 doet vermoeden ('Ontwikkelingen in het bestuursrecht'), beoordeelt het kabinet hier op welke punten de juridisering te ver is 'doorgeschoten' (p. 15). Het kabinet gaat daarbij in op *Bestuur in geding* en lijkt daarbij (oncontroleerbaar) gebruik te maken van de bijdragen van rechtsgeleerden aan het debat. Het eerste probleem dat het kabinet erkent, is dat procedures zich 'opeenstapelen' (p. 16), vooral bij grote, complexe projecten op de terreinen van milieu en ruimtelijke ordening. Het kabinet streeft hier naar 'eenvoudige, gestandaardiseerde procedures voor grote projecten' en naar 'goed procesmanagement' (p. 17). Het tweede probleem is dat de juridische kwaliteit van het openbaar bestuur soms te laag is. 'Gebleken is dat in het streven naar vergroting van de doelmatigheid in organisaties binnen het openbaar bestuur de juridische functie in sommige gevallen gemarginaliseerd is.' (p. 18) Het kabinet roept bestuursorganen op dit probleem aan te pakken. Het derde probleem dat het kabinet signaleert, is dat procedures van besluitvorming en rechtsbescherming te traag verlopen. (p. 19 en verder) Het kabinet wil daartoe onder andere termijnen vaststellen waarbinnen de bestuursrechter zijn uitspraak moet doen. (p. 21)

Het meest controversiële probleem dat het kabinet behandelt, betreft de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. 'Volgens sommigen', schrijft het kabinet, (a) doet de rechter de belangenafweging van het bestuur soms over, (b) is de toetsing aan de abbb soms onvoorspelbaar, en (c) toetst de rechter soms te formeel. (p. 22) (ad a) Ten aanzien van het eerste punt, dat de rechter soms op de stoel zit van het bestuur, legt het kabinet 'de theorie' (p. 23) van de marginale toetsing uit. De kritiek uit *Bestuur in geding*, dat art. 3:4 lid 2 Awb de rechter uitnodigt belangen te gaan afwegen, onderschrijft het kabinet niet. (p. 23) Het kabinet vindt dat dit artikel een precisering is van het willekeurverbod. Ook vindt het kabinet niet dat Nederlandse bestuursrechters te indringend toetsen. (p. 23) De bestuursrechter toetst wel indringender dan twintig of dertig jaar geleden, vooral aan het motiveringsbeginsel, maar dat ziet het kabinet als een 'gewenste ontwikkeling' omdat ook de 'intensiteit van het bestuurlijk handelen jegens de burger sterk [is] toegenomen.' (p. 23)

(ad b) Het kabinet benadrukt dat de abbb algemene normen zijn die voor heel het bestuurlijk handelen gelden. (p. 23) Ze kunnen voor een deel worden omgezet in regels. Maar de flexibiliteit die beginselen eigen is, moet ook worden behouden. 'Er is dus een zeker dilemma tussen rechtszekerheid en flexibiliteit.' (p. 24) Het kabinet wil onderzoeken of sommige normen preciezer kunnen worden opgeschreven. Het kabinet ziet hier ook een taak voor de rechter: 'Het is immers vooral in de jurisprudentie, dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur concretere inhoud krijgen. Naar de indruk van het kabinet is die jurisprudentie nu soms wel erg casuïstisch. Het zou gewenst zijn als de rechter op dit punt [...] zijn rechtsvormende taak systematischer ter hand zou nemen [...].' (p. 24)

(ad c) De kritiek dat de rechter zich soms te formeel opstelt, neemt het kabinet voorzichtig over. Een formele opstelling is volgens het kabinet 'inherent



aan de machtenscheiding', maar moet toch waar mogelijk worden voorkomen. (p. 25) Het kabinet zal 'bezien' of de Awb wordt veranderd zodat het voor de rechter mogelijk wordt 'inhoudelijke gebreken van geringe betekenis' te passeren. (p. 26)

In het laatste hoofdstuk van de notitie werpt het kabinet op concluderende wijze de algemene vraag op of er nog evenwicht bestaat tussen de drie staatsmachten. Die vraag komt aan de orde omdat 'de juridisering [...] ongetwijfeld gevolgen [heeft] voor wetgever, bestuur en rechter.' (p. 30) Het antwoord van het kabinet is uiteindelijk dat 'het evenwicht in de trias (nog) niet aan het wankelen [is] gebracht door de toenemende juridisering in de samenleving.' (p. 34) In de redeneringen die tot dit antwoord leiden, neemt het kabinet de belangrijke stelling in dat het stelsel van rechtsbescherming niet moet worden 'heroverwogen' (p. 32). '[Dat] zou neerkomen op een poging om de rechtsontwikkeling op het terrein van het bestuursrecht, een verworvenheid van onze rechtsstaat, terug te draaien.' (p. 32)

Het kabinetsstandpunt kent behalve de zes hoofdstukken ook twee bijlagen. In de eerste bijlage reageert het kabinet op enkele minder belangrijke voorstellen uit *Bestuur in geding*. De tweede bijlage is een weergave van het debat over juridisering tot dan toe.

#### 1.4 Conclusie

De fractievoorzitter van de VVD, Bolkestein, neemt in de politieke debatten vóór het kabinetsstandpunt stellingen in die nauw samenvallen met die van Van Kemenade en consorten. Premier Kok en fractievoorzitter Melkert (beide PvdA) nemen deze stellingen niet over. Alleen de analyse dat procedures zich opeenstapelen, onderschrijven zij. Het regeerakkoord laat onder het kopje 'juridisering' nogal daadkrachtige taal horen en refereert ook aan *Bestuur in geding*. Het kabinet staat positief ten opzichte van het rapport. Minister Korthals (VVD) wil als dat nodig is de beginselen van behoorlijk bestuur wel wat preciseren, opdat een marginale toetsing bevorderd wordt. De VVD-fractie heeft 'aanzienlijke sympathie' voor *Bestuur in geding*. In de Tweede Kamer onmaskert Van der Staaij de werkgroep. Het is een 'bestuurdersclub' en dus is het nodig ook de andere partij te horen.

Het kabinetsstandpunt wijkt af van *Bestuur in geding*. Het sluit eerder aan bij de positie die premier Kok in de kamer innam. Het kabinetsstandpunt legt de nadruk ook op het probleem dat de overdaad aan procedures en regels het besturen bemoeilijkt. Het bestuurs(proces)recht moet eenvoudiger en helderder en "sneller" worden, zodat het bestuur slagvaardig kan opereren. De meest controversiële stelling van de bestuurders, dat de rechter bestuurlijke keuzes heroverweegt en dat dit een probleem is voor de democratie, onderschrijft het kabinet niet. Volgens het kabinet houdt de rechter zich aan zijn staatsrechtelijke grenzen. Wel merkt het kabinet op dat de rechter wat meer lijn in de jurisprudentie zou kunnen aanbrengen, zodat er voor het bestuur en de burger meer rechtszekerheid kan ontstaan. Al met al lijkt de positie van de VVD

(Bolkestein, Korthals) het onderspit te hebben gedolven. Het kabinet omarmt de visie die eerder zijn premier (PvdA) onder woorden bracht.

## 2 Overtuigingsmiddelen

Het gaat in dit hoofdstuk om het kabinet in de rol van publieksinstantie en in de rol van partij. Ik onderzoek eerst in paragraaf 2.1 de reactie van het kabinet op de overtuigingsmiddelen van de partijen die onder de categorieën *ethos* en *pathos* zijn geordend. Herkent het kabinet ze of hebben ze effect? Vervolgens ga ik in paragraaf 2.2 na welke afweging het kabinet maakt tussen de *argumenten* van de partijen. In paragraaf 2.3 beschouw ik het kabinet als partij voor de kamercommissies en onderzoek ik de overtuigingsmiddelen die ze inzet.

### 2.1 De partijen zijn geen partijen

Wanneer we de onzakelijke overtuigingsmiddelen van beide partijen naast elkaar leggen, valt op dat de hoofdstrategie van beide partijen lijkt te zijn te suggereren dat ze geen partij zijn. De bestuurders houden naar eigen zeggen geen pleidooi, maar presenteren een rapport en doen aanbevelingen. Ze noemen zich ‘de werkgroep inzake terugdringing van de juridisering van het openbaar bestuur’. Het publiek kan dan aannemen dat hier niet een partij voor een positie pleit, maar dat een commissie een wat ambtelijk en vermoedelijk degelijk rapport publiceert. De rechtsgeleerden gedragen zich niet ook als partij: ze onderbouwen geen alternatief wetsvoorstel, ze stellen zich op als commentatoren, beoordelaars, docenten. Ze verheffen zich boven de bestuurders en beoordelen hun prestaties. De indruk ontstaat dat ze geen partij zijn. De suggestie is niet dat de rechtsgeleerden het oneens zijn met de bestuurders, het beeld is dat de rechtsgeleerden laten zien dat de bestuurders het verkeerd zien, het niet snappen (zoals een student, een nog-niet-ingewijde het niet snapt). De achterliggende gedachte is dat de rechtsgeleerden wel weten wat juist en verkeerd is in juridische kwesties—een gedachte die heel natuurlijk overkomt omdat de rechtsgeleerden uiteraard geleerde interpreten van het recht zijn en het bovendien met elkaar eens lijken te zijn dat de bestuurders het verkeerd zien.

Zojuist hebben we al gezien dat de “deskundigheidsretoriek” van *Bestuur in geding* geen effect had op het Tweede Kamerlid Van der Staaij (SGP). Deze parlementariër ontmaskerde de commissie als een ‘bestuurdersclub’ en het rapport als een bijdrage van een partij. Van der Staaij waarschuwde daarom dat ‘ook de andere partij gehoord moet worden’. Maar welk effect heeft de retoriek op het kabinet? Uit het vocabulaire dat het kabinet gebruikt, valt in elk geval niet af te leiden dat het kabinet de retoriek doorziet: het kabinetsstandpunt neemt de begrippen van de bestuurders telkens over: ‘het rapport “Bestuur in geding” van een werkgroep onder leiding van dr. J.A. van Kemenade.’ (*Kamerstukken II*, 1998/99, 26 360, nr. 1, p. 3, mijn cursivering)<sup>2</sup> In

<sup>2</sup> Zie ook de pagina's 4, 12, 19, 21, 23, 25, 26, 27, 29 en 35-40.



de nota treffen we zelfs nergens woorden als 'partij' of 'voor-' en 'tegenstander' aan.

Schrijft het kabinet in de inleiding van de nota nog wel dat ze zal reageren op de analyses en voorstellen van *Bestuur in geding*, het kabinet beweert niets over de rechtsgeleerde positie in het debat. Het kabinet schrijft wel over een 'discussie' over juridisering, en in de bijlage komt ook wel aan de orde dat er op *Bestuur in geding* kritiek is geweest, maar in de hoofdtekst wordt de 'discussie' niet verbeeld als een debat tussen partijen. Het kabinet beschouwt de discussie als een soort van denkproces dat zich 'ontwikkelt'<sup>3</sup>—in de richting van het kabinetsstandpunt?

Het debat tussen bestuurders enerzijds en rechtsgeleerden anderzijds wordt door het kabinet dus niet als zodanig gerepresenteerd in het kabinetsstandpunt. Het kabinet onderscheidt geen voor- en tegenstanders, noemt ook weinig namen, citeert zelden en weet conflicten te verdoezelen. Een uitzondering van dat laatste is de zin dat 'volgens *sommigen* de rechter teveel op de stoel van het bestuur gaan zitten [...]' (p. 7, mijn cursivering) In het algemeen weet het kabinet echter consensus te suggereren, zelfs waar dat niet het geval is. Zo schrijft het kabinet bijvoorbeeld dat 'op het terrein van het bestuursrecht juridisering, in de zin van binding van het bestuur aan het recht en de instelling van rechtsbeschermingsprocedures, historisch gezien als een gewenste en positieve ontwikkeling is beschouwd.' (p. 14) Maar die stelling klopt alleen in heel abstracte, heel algemene zin. Hoe de binding aan het recht precies moest worden vormgegeven en wie uiteindelijk diende te bepalen wanneer dat recht is geschonden, is in het verleden steeds controversieel geweest—denk alleen al aan het debat tussen Loeff en Struycken in het begin van de twintigste eeuw.

Nu beide partijen suggereren dat ze geen partij zijn en het publiek dat niet expliciet onthult, lijkt de conclusie mogelijk dat de retoriek door het kabinet niet is herkend. Maar die conclusie kan niet worden onderbouwd. Het is ook mogelijk dat het kabinet de retoriek wel heeft herkend, maar heeft besloten *mee te spelen*, wellicht omdat dat voor het kabinet voordelig is. (Hier kom ik zodadelijk op terug.) De conclusie die wel kan worden getrokken, is dat het kabinet niet *laat zien* dat ze de retorieken doorziet. En juist daar gaat het in dit onderzoek om, omdat de partijen pas kunnen denken dat het debat eerlijk is (waardoor ze de uitkomst ervan gemakkelijker kunnen aanvaarden), als ze *weten* dat het publiek de retorieken heeft doorzien en zijn oordeel laat afhangen van een weging van de argumenten van beide partijen.

<sup>3</sup> 'De juridiseringsdiscussie komt voort uit zorg over het kunnen functioneren van de democratie en over de slagvaardigheid van het bestuur. [...] Vervolgens spitste de discussie zich toe op de vraag of het bestuur in zodanige mate terrein verliest aan de rechter dat het primaat van de politiek in het gedrang komt. [...] Ook de omvang van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming [...] is in de discussie aan de orde gekomen.' (p. 7) Zie ook pagina 12 van het kabinetsstandpunt.

## 2.2 De afweging

Het lijkt haast onvermijdelijk dat het voorgaande gevolgen heeft voor de manier waarop het kabinet de argumenten van de partijen afweegt. Want hoe kunnen de argumenten van voor- en tegenstanders worden afgewogen als er in de terminologie van het kabinet helemaal geen voor- en tegenstanders zijn? Laten we onderzoeken hoe het kabinet haar standpunt onderbouwt en daarbij de vier hoofdargumenten uit het bestuurlijke pleidooi (en de rechterlijke aanval) als leidraad nemen.

### *Bestaat juridisering?*

Welke positie neemt het kabinet in ten aanzien van het argument dat juridisering bestaat (bestuurders) of dat juridisering voor een belangrijk deel niet bestaat (rechtsgeleerden)? In de vorige hoofdstukken werd al duidelijk dat de bestuurders en de rechtsgeleerden het eens zijn dat juridisering bestaat voor zover het gedefinieerd wordt als de toename van het aantal en de duur van rechterlijke procedures. Het standpunt van het kabinet wijkt hier niet vanaf. 'Het aantal beroepszaken bij de bestuursrechter is sedert de jaren zeventig ongetwijfeld sterk gestegen.' (*Kamerstukken II*, 1998/99, 26 360, nr. 1, p. 14) Het kabinet refereert niet aan onderzoek en hoeft dat ook niet te doen, want de partijen zijn het erover eens: daarom 'ongetwijfeld'. Maar dan het punt waarover de partijen het oneens zijn: is er sprake van juridisering in de zin van politieke of bestuurlijke rechtspraak? Zit de rechter volgens het kabinet te vaak op de 'stoel van het bestuur'? Volgens het kabinet vinden 'sommigen' dat de rechter 'te ver gaat' in zijn toetsing, 'door de bestuurlijke afweging geheel over te doen en zelfstandig te beoordelen of het besluit wel redelijk is.' (p. 22) Volgens het kabinet bestaat er 'op zichzelf' overeenstemming over de taakverdeling tussen bestuur en rechter. (p. 22) Maar toetst de rechter volgens het kabinet marginaal en waarom? Volgens het kabinet toetst 'de rechter thans in het algemeen indringender aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur [...] dan twintig of dertig jaar geleden.' (p. 23) Hoe komt het kabinet tot dit oordeel? Het oordeel komt niet tot stand door een afweging van argumenten pro en contra. Het kabinet schrijft het argument dat de rechter te indringend toetst niet eens toe aan de bestuurders. Het schrijft immers 'sommigen'. En het kabinet sluit ook niet aan bij opvattingen van rechtsgeleerden.

### *Is juridisering een probleem?*

Dat de 'opeenstapeling van procedures' bij 'grote bestuurlijke activiteiten' een probleem is, wordt door geen van de partijen betwist en ook door het kabinet niet. Omdat de middelen om dit probleem aan te pakken effectief kunnen zijn en efficiënt, doet het kabinet onder andere het voorstel juridische procedures beter te coördineren (pp. 16-18), beslistermijnen aan de rechter op te leggen (p. 20) en na te denken over een 'bestuurlijke lus' in het rechterlijke proces (p. 38). Maar in hoeverre acht het kabinet de indringende toetsing die het zojuist vaststelde een probleem? Het kabinet acht dit in het geheel geen probleem:



[De indringender toetsing door de rechter aan de beginselen van behoorlijk bestuur] is grotendeels het gevolg van een [...] op zichzelf gewenste ontwikkeling van het bestuursrecht. Door de sterke toename van de bestuursrechtelijke regelgeving zijn de omvang en intensiteit van het bestuurlijk handelen jegens de burger sterk toegenomen. In reactie daarop is ook de bestuursrechtelijke rechtsbescherming en daarmee het toezicht van de rechter uitgebreid. (p. 23)

De aanname is dat dat laatste goed is. Maar volgens de bestuurders heeft de politiek niet tot die uitbreiding besloten. Volgens *Bestuur in geding* heeft de wetgever de ontwikkeling van het bestuursrecht immers overgelaten aan een 'incrowd' van rechtsgeleerden en rechters. Dit punt noemt het kabinet niet. Ook ontbreken hier citaten van rechtsgeleerden waaruit zou kunnen blijken dat het kabinet zich aansluit bij de overwegingen van die partij—want dat is wel degelijk wat het kabinet doet. Ook op dit punt kan dus geen afweging worden aangetroffen.

*Is het wetsvoorstel effectief en/of efficiënt?*

Het kabinet behandelt enkele van de wijzigingen in de Awb die in *Bestuur in geding* worden voorgesteld. Ik beperk me hier tot de wijzigingen die ik in hoofdstuk 6 en 7 ook aan de orde stelde.

(i) Het voorstel van de bestuurders om art. 3:4 lid 2 Awb te vervangen door het willekeurverbod om zodoende een marginale toetsing te waarborgen, neemt het kabinet niet over. 'Er is geen noodzaak om artikel 3:4 Awb te wijzigen.' (p. 23) Het kabinet vindt namelijk, net als bijvoorbeeld De Waard, dat dit artikel het willekeurverbod verduidelijkt. (p. 23) En het oordeelt, net als bijvoorbeeld Damen, dat rechters alleen incidenteel op basis van dit artikel intensief hebben getoetst en dat die incidenten in hoger beroep kunnen worden gecorrigeerd. (p. 23) Het kabinet noemt de rechtsgeleerden waarmee ze het kennelijk eens is overigens niet. Ook hier worden de argumenten van beide partijen niet tegen elkaar afgewogen. Het argument van de bestuurders dat een wijziging tot een minder intensieve toetsing zou leiden, wordt aangevallen precies zoals dat eerder ook door de rechtsgeleerden is gedaan—zonder dat het kabinet aan die rechtsgeleerde aanvallen refereert. Het kabinet kiest dus voor de redenering van één van de partijen met behulp van die van de andere partij, zonder dat te expliciteren. Hier lijkt me aan het licht te komen dat het kabinet er voordeel bij heeft te suggereren dat er geen debat is en er geen partijen zijn: het kabinet ontslaat zichzelf zo namelijk van de verplichting de argumenten van beide partijen af te wegen. Die partijen zijn er immers niet? Het kan vervolgens de partijen tegen elkaar uitspelen, terwijl dat moeilijk zichtbaar is.

(ii) De bestuurders stellen ook voor de rechter de mogelijkheid te bieden besluiten in stand te laten die in strijd zijn met een inhoudelijk (niet procedureel) voorschrift, mits dat niet ten nadele is van de belanghebbenden (tenzij het algemeen belang dat nadeel *overweegt*). De rechtsgeleerden keren zich allen fel tegen dit voorstel. Het kabinet vindt het 'efficiënt' als de rechter een inhoudelijke gebrek van 'geringe betekenis' kan passeren. (p. 26) Het kabinet zal dus bezien of art. 6:22 Awb kan worden verruimd. Het kabinet lijkt

dus geneigd het voorstel van de bestuurders (gedeeltelijk<sup>4</sup>) over te nemen, zonder dat het daarbij de kritiek op dit voorstel van de rechtsgeleerden weerlegt. Wederom weegt het kabinet geen argumenten af.

(iii) Het algemeen belang kan vergen, volgens *Bestuur in geding*, dat een besluit waartegen een burger gegronde bezwaren heeft, toch niet wordt vernietigd. De bestuurders willen dat de rechter de mogelijkheid krijgt in zo'n geval het besluit in stand te laten en de benadeelde burger een schadevergoeding toe te kennen. Ook tegen dit voorstel waren de rechtsgeleerden fel gekant. Damen schreef:

Het voorstel om inhoudelijke gebreken ook maar te passeren dan wel af te kopen met een schadevergoeding is principieel onjuist. Het bestuur moet eerst en vooral rechtmatig handelen. Ook in onderling overleg behoren burger en bestuursorgaan niet het geldende recht opzij te kunnen schuiven. (Damen 1998, p. 245)

Het kabinet besluit nu:

Het kan niet zo zijn, dat het bestuur iedere onrechtmatigheid kan 'afkopen' door schadevergoeding. De stelling dat 'het door het bestuur te behartigen algemeen belang' zou moeten prevaleren boven het individuele belang van de appellant, gaat voorbij aan het rechtsstatelijk belang dat het bestuur zich aan de wet houdt. Bestuur en burger kunnen niet in gezamenlijk overleg overeenkomen om de wet opzij te zetten. (*Kamerstukken II*, 1998/99, 26 360, nr. 1, p. 38)

De overeenkomsten zijn groot: twee keer drie zinnen, waarbij in elke zin hetzelfde met net iets andere woorden wordt gezegd, in dezelfde volgorde. Aan de indruk dat het kabinet parafraseert, kan ik me niet gemakkelijk onttrekken. Waarom citeert het kabinet in dat geval niet? Wellicht omdat in dat geval duidelijk zou worden dat het de ene partij tegen de andere uitspeelt in plaats van dat het *beredeneert* waarom het de ene partij volgt en de andere niet. De stelling die het kabinet in de tweede volzin noemt, is uiteraard van de bestuurders (Van Kemenade en Verstedden 1997, p. 80). Ze wordt weerlegt zoals eerder Damen dat deed. Wederom is de conclusie dat het kabinet geen afweging maakt van de argumenten.

(iv) De bestuurders stellen voor een 'bestuurlijke lus' in het rechterlijk proces te leggen. De rechtsgeleerden zagen daar het nut niet van in. Het kabinet laat het voorstel onderzoeken. (*Kamerstukken II*, 1998/99, 26 360, nr. 1, p. 39) Het zet voor- en tegenstanders van de bestuurlijke lus niet tegen elkaar af en weegt ook geen argumenten pro en contra.

(v) Het laatste voorstel dat ik hier behandel, is het voorstel procedures te 'bundelen'. Hiertegen is in de rechtsgeleerde artikelen geen kritiek te vinden. De oplossing is volgens het kabinet een eenvoudige, gestandaardiseerde procedure te ontwerpen waarbij 'projecten binnen een aanvaardbare termijn tot

<sup>4</sup> Gedeeltelijk omdat het alleen inhoudelijke gebreken van 'geringe betekenis' betreft. Het artikel is overigens tot op de dag van vandaag niet gewijzigd.



stand kunnen komen met behoud van wezenlijke waarborgen van inspraak en rechtsbescherming.’ (p. 17) Hier hoeft het kabinet uiteraard geen argumenten tegen elkaar af te wegen, want die zijn er niet: het voorstel is niet betwist.

### *Conclusie*

In het kabinetsstandpunt worden de argumenten die de bestuurders aangevoerd hebben ter onderbouwing en ter verdediging van hun wetsvoorstel niet zichtbaar afgewogen tegen de argumenten die de rechtsgeleerden hebben aangevoerd tegen de door de bestuurders bepleite wijzigingen in de Algemene wet bestuursrecht. Het kabinet onderscheidt geen partijen en suggereert dat er geen debat is gevoerd. Daardoor kan het kabinet de partijen tegen elkaar uitspelen. Het hoeft nu niet te beredeneren waarom het het argument van de ene dan wel van de andere partij aannemelijker acht en dat doet het kabinet ook niet. Hoewel het kabinet geen argumenten afweegt, kan wel worden vastgesteld dat het kabinet een oordeel velt over elk van de vier hoofdpunten in de redeneringen van de bestuurders respectievelijk de rechtsgeleerden. In die zin is het kabinetsstandpunt niet incompleet. Maar er kan niet worden geoordeeld dat het kabinet laat zien dat de weging *compleet* en *deugdelijk* is—alleen al omdat het kabinet geen *weging* laat zien.

### 2.3 *Het kabinet als partij*

#### *Rolverdeling*

Past het type inleiding van *Juridisering in het openbaar bestuur* bij het type publiek dat het kabinet probeert te overtuigen? Als we ervan uitgaan dat de kamercommissies een niet al te moeilijk publiek vormen (dit is de tijd van Paars II, de coalitiefracties houden het kabinet doorgaans stevig in het zadel), dan is de inleiding daar goed op afgestemd. ‘Sedert enkele jaren wordt in bestuurlijke, politieke en juridische kringen een debat gevoerd over de juridisering van het openbaar bestuur,’ luidt de eerste zin. (*Kamerstukken II*, 1998/99, 26 360, nr. 1, p. 3) Misschien dat het geheugen van sommige kamerleden even moet worden opgefrist. Vervolgens somt het kabinet eerdere stukken op die het onderwerp raken. (p. 3) Ook wordt verwezen naar het moment waarop de notitie over juridisering werd aangekondigd. (p. 3) De inleiding van de notitie is zo bekeken een soort service van het kabinet aan het publiek. Het kabinet vertelt de parlementariërs hoe het allemaal ook al weer zat.

#### *Oordeel*

Van welk oordeel wil het kabinet de kamers overtuigen? Het oordeel dat enkele van de wijzigingen in de Awb die in *Bestuur in geding* zijn voorgesteld, moeten worden doorgevoerd en andere niet. In 2.2 is duidelijk geworden welke wel en niet:<sup>5</sup> het kabinet (i) wil *niet* de evenredigheidsnorm in art. 3:3 lid 2 Awb vervangen door een willekeurverbod, (ii) is *wel* geneigd art. 6:22 Awb te

<sup>5</sup> Ik beperk me steeds tot deze vijf omdat deze in de discussie de meeste aandacht krijgen. Voor de andere voorstellen, zie het kabinetsstandpunt.

verruimen zodat ook inhoudelijke gebreken van geringe betekenis door de rechter kunnen worden gepasseerd, (iii) *verwerpt* het voorstel onrechtmatige besluiten in stand te laten en benadeelden een schadevergoeding tot te kennen, (iv) *omarmt* het voorstel een ‘bestuurlijke lus’ aan te leggen en (v) *kondigt aan* procedures te vereenvoudigen of bundelen. Dit oordeel zou moeten worden onderbouwd met dezelfde vier hoofdargumenten die ik ook onderscheidde in de bestuurlijke onderbouwing: er is sprake van juridisering, juridisering is een probleem, de wijzigingen in de Awb zijn effectief en ze zijn efficiënt.

### *Argumenten*

In 2.2 hebben we al kunnen zien dat het kabinet de eerste twee argumenten aanvoert. Het kabinet biedt geen wetenschappelijk onderzoek aan, maar dat hoeft ook niet want het blijft steeds op ‘onbetwist terrein’. Zowel de bestuurders als de rechtsgeleerden zullen het aannemelijk achten. Er is juridisering (maar de rechter zit niet op de stoel van het bestuur en er is ook nog evenwicht tussen de drie staatsmachten) en dat is een probleem.

(i) Het voorstel het willekeurverbod niet opnieuw in te voeren, onderbouwt het kabinet met het argument dat de evenredigheidsnorm uit het huidige art. 3:4 lid 2 Awb juist een verduidelijking is van het willekeurverbod. Dit voorstel is dus niet effectief: het verandert niets aan de inhoud van de norm en het maakt de norm zelf onduidelijker. Zie 2.2.

(ii) Het voorstel om de rechter enkele kleine inhoudelijke gebreken te kunnen laten passeren, vindt het kabinet efficiënt.

(iii) Het voorstel de burger een schadevergoeding toe te kennen bij een onrechtmatig besluit, verwerpt het kabinet. Er moet volgens het recht worden bestuurd. Aan dit voorstel kleven dus bezwaren, dit voorstel is niet ‘efficiënt’.

(iv) Het voorstel een bestuurlijke lus aan te leggen laat het kabinet onderzoeken.

(v) Het voorstel procedures te bundelen *hoeft* niet te worden beargumenteerd omdat het geen tegenstanders kent.

Het is duidelijk dat de onderbouwing van de kabinetsvoorstellen als geldig kan worden gereconstrueerd: er worden voldoende argumenten aangevoerd die bovendien relevant zijn. De argumenten zijn aannemelijk, dus het kabinet onderbouwt zijn oordeel deugdelijk. Vastgesteld kan al worden dat het kabinet het er als partij wat beter afbrengt dan als publiek. Dat komt omdat het kabinet steeds argumenteert waarom het voorstellen al dan niet overneemt. Dat het die argumenten leent van partijen, maakt voor die partijen weliswaar uit, maar niet voor het publiek dat het kabinet bedient.

### *Ethos*

In het kabinetsstandpunt neemt beschrijving en analyse—wat retorici de uiteenzetting noemen—een zeer grote plaats in. In twee van de vier hoofdstukken (exclusief hoofdstuk 1, de inleiding, en hoofdstuk 2, de samenvatting) wordt beschreven hoe de juridisering zich heeft ontwikkeld. De hoofdmoot van hoofdstuk 3 bestaat uit het beschrijven van de ‘maatschappelijke ontwikkelingen’ (paragraaf 3.2). Daaraan gaat een



beschrijving van de juridiseringsdiscussie ('Ontwikkeling van de juridiseringsdiscussie', paragraaf 3.1) vooraf, waarbij in het bijzonder aandacht wordt geschonken aan een artikel van socioloog Schuyt. Het vierde hoofdstuk behelst ontwikkelingen in het openbaar bestuur. Eerst worden algemene ontwikkelingen behandeld (paragraaf 4.1), vervolgens de ontwikkeling in de regelgeving (paragraaf 4.2) en in de rechtspraak (paragraaf 4.3), waarna juridisering in een historisch perspectief wordt geplaatst (paragraaf 4.4). Het beschrijvende, analyserende karakter van de hoofdstukken 3 en 4 blijkt misschien wel het sterkst uit het taalgebruik. Deze woorden zijn er aan te treffen: 'ontwikkeling', 'trend', 'toename', 'afname', 'opbouw', 'oorzaak', 'invloed', 'verschijnsel', 'gevolg', 'effect', 'verhouding', 'samenhang', 'manifestatie', 'historisch' en woorden die meer specifiek zijn voor het onderwerp zoals 'emancipatie', 'individualisering', 'internationalisering', 'verzakelijking', 'institutionalisering' en 'onthiërarchisering'. Dit vocabulaire past bij een soort van sociologische studie. Het zijn geen woorden die aangeven dat er *geargumenteerd* wordt—dan zouden termen als 'argument', 'reden', 'conclusie', 'stelling', 'zodat', 'daarom', 'derhalve' en 'hieruit volgt' voorkomen. Hoofdstuk 5 is nog het meest argumentatieve gedeelte van de notitie, ook al verhult de titel dat: 'Ontwikkelingen in het bestuursrecht'. Het zesde hoofdstuk is een concluderend, nogal abstract hoofdstuk over het evenwicht tussen de drie staatsmachten.

Er mag dan een sociologisch vocabulaire worden gebruikt, het kabinet refereert weinig aan de resultaten van sociologisch onderzoek. Er wordt een artikel van Schuyt aangehaald waarin de socioloog *voorspellingen* doet en met *verwachtingen* komt (p. 8) en er wordt gerefereerd aan een enquête van bestuurskundige Tops (p. 8), maar voor de stellingen dat de juridisering het gevolg is van oorzaken a, b en c, wordt geen bewijs geleverd. Wat wèl wordt bewezen, is dat Nederland niet sterker gejuridiseerd is dan andere Europese landen (p. 10) en dat op het terrein van het bestuursrecht de groei van het aantal zaken nog wel meevalt (p. 14). Het kabinet kan dus wel cijfers aanvoeren waaruit blijkt dat het aantal rechtszaken niet zo heel hoog is, maar het kan geen bewijs leveren voor de stelling dat door oorzaken a, b en c de juridisering zich manifesteert op wijze x, y en z.

Een andere stelling die onbewezen blijft, is de stelling dat juridisering tot op zekere hoogte een onvermijdelijk verschijnsel is—een soort van uitgangspunt dat wellicht verklaart waarom het kabinet de staatkundige boodschap uit *Bestuur in geding* (dat de staat in onbalans is, dat de rechter zijn taak overschrijdt) niet onderschrijft. Nadat het kabinet in hoofdstuk 3 maatschappelijke ontwikkelingen heeft beschreven die volgens het kabinet hebben geleid tot juridisering (stellingen die zelf niet worden bewezen), trekt het kabinet daaruit de conclusie dat de juridisering een 'onvermijdelijk verschijnsel' is (p. 11). Maar die conclusie volgt niet uit de beschreven ontwikkelingen. Het kabinet heeft namelijk niets geschreven over de mate waarin, of het mogelijke succes waarmee, die ontwikkelingen gestuurd zouden kunnen worden door overheidsbeleid. Het kabinet geeft voor de conclusie één argument: 'Algemene sociaal-culturele ontwikkelingen als emancipatie, individualisering en

internationalisering laten zich immers maar in beperkte mate door overheidsbeleid beïnvloeden.' (p. 11) Het woord 'immers' duidt er misschien wel op dat het kabinet verwijst naar een argument dat in brede kring gedeeld wordt, een communis opinio. Maar preciezer bekeken is dit natuurlijk geen sterk argument: dit argument zou kunnen opgaan voor heel veel problemen die de overheid probeert op te lossen. Waar het hier waarschijnlijk om gaat is dat het tweede Paarse kabinet ontwikkelingen als emancipatie en individualisering niet wenst te beperken. En daar zijn uiteraard sterke argumenten voor te geven, maar dat doet het kabinet niet.

Waarom hoort dit alles thuis in een behandeling van het ethos van het kabinet? Omdat het voorgaande duidelijk maakt dat argumentatie in *Juridisering in het openbaar bestuur* maar een zeer beperkte plaats inneemt. Het kabinet kondigt dat misschien ook wel aan: 'Het kabinet geeft in deze notitie zijn visie op de juridisering in het openbaar bestuur [...]' (p. 3, mijn cursivering, zie ook p. 4) De notitie geeft inderdaad weer hoe het kabinet het probleem *bekijkt*. En het kabinet bekijkt het probleem vanuit een 'breed kader' (p. 3), vanuit een sociologische invalshoek. Er worden tal van ontwikkelingen geanalyseerd en verbanden gelegd. De toon is rustig en zakelijk—nergens voeren hevige emoties (pathos) de boventoon—en bijna altijd abstraherend en daardoor verzoenend. Het kabinet zou hierdoor deskundig en bescheiden kunnen overkomen, twee eigenschappen die volgens de retorische traditie bijdragen aan de overtuigingskracht van een betoog. Het belangrijkste overtuigingsmiddel is daarom dat het kabinet de indruk wekt helemaal niet bezig te zijn met overtuigen. Het kabinet neemt een positie in het debat in, zonder dat dit voor de lezer goed zichtbaar is omdat het kabinet zo weinig argumenteert. Het kabinetsstandpunt lijkt door de uitgebreide analyses van de problemen en door de sociologische invalshoek—wat een ethos van deskundigheid en onpartijdigheid bevordert—helemaal niet op een *standpunt*. Dit overtuigingsmiddel kan eigenlijk alleen maar slagen wanneer het publiek gelooft dat er niet veel te overtuigen is. De kwestie die de bestuurders en de rechtsgeleerden verdeelt, mag daarom niet aan het licht treden. Als er geen partijen *zijn*, hoeft er immers geen partij te worden *gekozen*, en hoeft er niet te worden *overtuigd*. Uit paragraaf 2.2 van dit hoofdstuk bleek al dat het kabinetsstandpunt de suggestie lijkt te wekken dat er geen debat is en geen partijen zijn.

### 3 Het gezichtspunt van het kabinet op juridisering

Welke metaforen komen in het kabinetsstandpunt voor? Uit de teksten van de bestuurders en de rechtsgeleerden bleek al dat het moeilijk is juridisering te verhelderen *zonder* beeldspraak te gebruiken. Kennelijk kan alleen met metaforen uitgelegd worden wat juridisering is. Vanuit het gezichtspunt van het kabinet, is juridisering een soort verstopping van de bloedvaten (DE STAAT IS EEN LICHAAM): 'het *hart* van onze democratie dreigt *dicht te slibben*'



(*Kamerstukken II*, 1998/99, 26 360, nr. 1, p. 3).<sup>6</sup> Dit is een inzichtelijk beeld: de nadruk wordt gelegd op de (levensgevaarlijke!) vertraging in stofwisselingsprocessen die noodzakelijk zijn voor het instandhouden van dit staatslichaam. De metafoor komt echter maar één keer voor in de notitie. Iets vaker wordt het recht verbeeld als een kluwen van het één of ander: 'het geheel biedt het beeld van een omvangrijke *kluwen* regelgeving'. (p. 13) Die kluwen of 'vervlechting' (p. 10) moet worden 'ontwart' of 'ontvlecht' (p. 3).

In de vorige paragraaf werd duidelijk dat het kabinet, net als de bestuurders trouwens, veel aandacht besteedt aan het beschrijven van het proces van juridisering. Uit de metaforen lijkt de conclusie te kunnen worden getrokken dat juridisering voor een deel een gecreëerd verschijnsel is en voor een deel een eigen dynamiek en ontwikkeling kent. Juridisering wordt namelijk deels beschreven alsof het een constructie of bouwwerk is ('een gestage *uitbouw* van het *stelsel* van rechtsbescherming' (p. 14)) en deels lijkt het te worden beschouwd als een (door de wetgever geschapen) organisme dat een eigen groei doormaakt, dat soms te ver 'doorschiet' (als bij een struik of boom?) en dat op bepaalde punten dient te worden bijgestuurd ('teruggedrongen', een soort snoeien?). De metafoor van het bouwwerk komt maar op één plek voor, de tweede lijkt wat bepalender:

#### JURIDISERING IS EEN ORGANISME

het stelsel van rechtsbescherming is door de wetgever *in het leven geroepen* (p. 7)

de vraag is of de rechtsbescherming te ver is *doorgeschoten* (p. 7)

er zijn onmiskenbaar situaties van te ver *doorgeschoten* juridisering (p. 11)

een op onderdelen te ver *doorgeschoten* juridisering (p. 15)

die onderdelen van de juridisering moeten worden *teruggedrongen* (p. 15)

Het gezichtspunt van waaruit het kabinet de juridisering uiteindelijk beoordeelt, lijkt dat van het evenwicht van machten te zijn, een model van de trias politica (zie ook hoofdstuk 6).

#### DE STAAT IS EEN WEEGSCHAAL

waar de juridisering het *evenwicht* in de trias belemmert (p. 5)

het *evenwicht* in de trias is (nog) niet aan het *wankelen* gebracht (pp. 5 en 34)

ieder deel van de trias heeft een taak in het *bewaren van het evenwicht* (p. 5)

wat van de drie delen van de trias kan worden verwacht om het *evenwicht* te blijven bewaren (p. 5)

het *evenwicht* in de trias is een kwestie van checks and balances (p. 5)

beroep tegen avv's zou volgens sommigen het *evenwicht* tussen bestuur en rechter kunnen verstoren (p. 28)

zet de juridisering het *evenwicht* in de trias onder druk? (p. 31)

<sup>6</sup> Merk op dat de bloedbanen in het lichaam op hun beurt weer begrepen worden als rivieren.

het *evenwicht* in de trias is niet door een onjuiste taakopvatting van de rechter onder druk komen te staan (p. 34)

Hoewel we ook hier metaforen tegenkomen die beter passen bij het model van de machtscheiding, nemen deze metaforen een veel beperktere plaats in. We komen ze alleen maar tegen wanneer het kabinet reageert op de stelling van de bestuurders dat de rechter op de stoel zit van het bestuur. Het zijn dus eigenlijk de metaforen van een ander die hier worden overgenomen.

#### HET RECHT IS EEN GRENS

de belangenafweging behoort tot het *domein* van het bestuur (p. 22)  
de rechter neemt zijn staatsrechtelijke *grenzen* voldoende in acht (p. 23)  
de rechter moet zijn staatsrechtelijke *grenzen* in het oog houden (p. 23)  
de staatsrechtelijke *grenzen* nog eens onderstrepen (p. 23)

Tenslotte treffen we in de notitie in beperkte mate de beeldspraak aan waarin rechtspraak beschreven wordt als een weg of een wandeling daarop.

#### RECHTSPRAAK IS EEN WEG

de ontwikkelingen kunnen worden gezien als het *inhalen* van een *achterstand* (p. 15)  
in de beroepsprocedure is de rechter verantwoordelijk voor een behoorlijk *verloop* van het proces (p. 19)  
de *voortgang* van beroepsprocedures is ook een zaak van bestuur en burger (p. 19)  
*tijdwinst boeken* (p. 19)  
de besluitvorming hoeft niet worden *overgedaan* (p. 19)  
gebreken *passeren* (pp. 25 en 26)  
gebreken laten herstellen tijdens een bestuurlijke *lus* (p. 26)

Ook zijn nog wat metaforen te vinden in het stukje waarin het probleem van de fragmentatie van het bestuursrecht wordt beschreven: ‘*versplinterde* regelgeving’ (p. 13), ‘het tegengaan van de *versplintering* kan niet alleen in de Awb worden opgelost’ (p. 14) en ‘de Awb levert een bijdrage aan het tegengaan van de *verbrokkeling* van het bestuursrecht’ (p. 14).

Het meest opvallend lijkt me de dominantie van het evenwichtsmodel van de trias politica (aan het evenwicht tussen de machten wijdt het kabinet immers het laatste hoofdstuk van de notitie) en de metafoor JURIDISERING IS EEN ORGANISME. Die laatste metafoor is misschien veel sterker dan op basis van de tekst echt kan worden aangetoond. In het standpunt nemen de hoofdstukken over de ‘ontwikkelingen’ (groeiprocessen?) die tot de juridisering hebben geleid en de ‘ontwikkelingen’ in het bestuursrecht immers een heel grote plaats in.



#### 4 Conclusie

In de aanloop naar *Juridisering in het openbaar bestuur* lijkt het kabinet niet onwelwillend te staan ten opzichte van *Bestuur in geding*. Premier Kok neemt nog het meest afstand van de conclusies uit dat rapport. Wellicht is zijn stem doorslaggevend geweest, want het kabinet neemt de meest vergaande conclusies en voorstellen uit *Bestuur in geding* niet over. Het kabinet laat niet zien dat het de argumenten die tegenoverelkaar staan, afweegt: het kiest dan weer de positie van de ene partij, dan weer die van de andere, zonder dat overigens te expliciteren, laat staan te beredeneren. Als partij doet het kabinet het beter: het voert voldoende relevante en aannemelijke argumenten aan en het strooit de kamer zand in de ogen door te suggereren dat er consensus bestaat waar controverse heerst en door veel te beschrijven—een strategie die ook in *Bestuur in geding* lijkt te zijn gevolgd. Het resultaat hiervan zou kunnen zijn dat de kamer *over het hoofd ziet* dat het kabinet de argumenten voor en tegen niet afweegt.

## Het schriftelijke en het mondelinge overleg

Het eerste (deel van het) debat is nu helemaal beschreven. Het debat zoals dat voor de vaste kamercommissies voor Binnenlandse Zaken en Justitie is gehouden is gedeeltelijk beschreven: het pleidooi van het kabinet—in dit debat partij—is inmiddels geanalyseerd. De vraag in dit hoofdstuk is of er ook een andere partij valt te ontwaren en zo ja, welke middelen die partij aanwendt om de commissies te overtuigen van een alternatief wetsvoorstel.<sup>1</sup> Ik presenteer eerst weer de aanloop naar het schriftelijke en het mondelinge overleg en achterhaal aan het eind van het hoofdstuk de veronderstelde metaforen.

### 1 De aanloop naar het schriftelijke en het mondelinge overleg

#### 1.1 Eerste Kamer

Het is de Eerste Kamer die het eerst de kans krijgt op het kabinetsstandpunt te reageren. *Juridisering in het openbaar bestuur* wordt namelijk eind december 1998 naar de Staten-Generaal gestuurd, dus *na* de begrotingsbehandelingen van Binnenlandse Zaken en Justitie in de Tweede Kamer (zie § 6.1), maar *voor* de debatten over die begrotingen in de Eerste Kamer (respectievelijk 26 januari en 23 februari 1999).<sup>2</sup>

In lijn met het standpunt van de VVD-fractie in de Tweede Kamer (zie § 8.1), neemt ook de VVD-fractie in de Eerste Kamer juridisering uiterst serieus. De fractie heeft, bij monde van Rensema, kritiek op het kabinetsstandpunt. 'Het rapport geeft een helder maar nogal defensief beeld van de *problematiek* en van de diverse *standpunten*.' (*Handelingen I*, 1998/99, 17, p. 558, mijn cursivering) Met een defensief beeld van de problematiek wordt bedoeld dat het kabinet onvoldoende de ernst van het probleem inziet. 'Het komt de leden van de fractie van de VVD voor, dat het probleem van de juridisering in het openbaar bestuur ernstiger is dan in het rapport over het kabinetsstandpunt wordt verwoord.' (p. 558) Rensema heeft er ook oog voor dat het kabinet de standpunten van bestuurders en rechtsgeleerden steeds onvoldoende onderscheidt. 'Het kabinet is van mening dat de juridisering in belangrijke mate een gewenst verschijnsel is. De vraag is echter wel door wie die wens is geuit. Door de juristen die

<sup>1</sup> Het is natuurlijk ook mogelijk dat er meer dan twee partijen in dit debat kunnen worden onderscheiden.

<sup>2</sup> Zou het kabinet de discussie met Tweede Kamerleden bewust zólang hebben vooruitgeschoven dat juridisering oud nieuws is geworden en de gemoederen niet meer beweegt?



gespecialiseerd zijn in het bestuursrecht?' (p. 559) Het heeft Rensema gestoord dat het kabinet de opinies van bestuurders en politici die in het verleden tegen de uitbreiding van de bestuursrechtspraak waren, aan de kant schuift door ze te kwalificeren als 'weerstand'. '[H]et standpunt van het bestuur zegt [...] wel iets.' (p. 559) Ook de instrumenten die het kabinet voorstelt, vindt Rensema onvoldoende: 'het ziet er nog niet naar uit dat dit probleem zal worden opgelost.' (p. 558) Rensema schaart zich achter de voorstellen uit *Bestuur in geding* wanneer hij stelt dat de rechter zich in bestuurszaken wellicht beter kan beperken tot het regelen van de schadevergoeding. (p. 559)

De positie van het kamerlid Holdijk, die namens de kleine christelijke fracties in de Eerste Kamer spreekt, past bij het standpunt dat de Tweede Kamerleden van deze partijen innemen. Holdijk onderschrijft voor een groot deel de probleemstelling van het kabinet: '[I]k ben niet geneigd degenen te volgen die vooral negatieve associaties aan het begrip juridisering verbinden [...]' (p. 566) Holdijk ziet, net als het kabinet, juridisering als een 'bewust nagestreefde' ontwikkeling. (p. 567) Hij expliciteert het organische beeld van juridisering dat het kabinet alleen veronderstelt: juridisering is gegroeid op een 'democratische voedingsbodem', het is geen 'onkruid of wilde woekerplant op het erf van de samenleving.' (p. 567) Holdijk lijkt hier en daar het rechtsgeleerde commentaar op *Bestuur in geding* te parafraseren. Hij noemt zijn bronnen echter niet. Het kabinetsstandpunt is volgens hem teveel 'vanuit het bestuur geschreven'. (p. 568) De rechter controleert eenvoudig of het bestuur de regels heeft nageleefd. 'Als ik de taakuitoefening door de bestuursrechter gadesla, kan ik niet inzien hoe hierbij het primaat van de politiek in het geding gebracht kan worden.' (p. 567) Holdijk vindt dat de rechterlijke controle niet beperkt moet worden, omdat de rechtsbescherming een belangrijke aanvulling is op de controle van democratische organen, die vaak algemeen van aard is. (p. 567)

Minister Peper van Binnenlandse Zaken maakt aan het begin van zijn eerste spreekbeurt duidelijk dat hij zich meer kan vinden in het standpunt van Rensema dan in dat van Holdijk. (p. 577) Hij lijkt Rensema's kritiek op het kabinet zelfs te delen wanneer hij zegt: 'Het kabinetsstandpunt is buitengewoon genuanceerd; zelfs zo dat niet helemaal helder is dat het een groot vraagstuk betreft.' (p. 577) Pepers betoog is ook genuanceerd, maar dan in de betekenis van niet zo helder: wat zijn positie is, is niet helemaal duidelijk. Misschien dat dat de reden is dat Holdijk in tweede instantie de vraag opwerpt of Peper nu 'achter *Bestuur in geding* staat' of 'voluit het kabinetsstandpunt deelt'. (p. 596) Peper ontwijkt een duidelijk antwoord. Hij staat (natuurlijk) geheel achter het kabinetsstandpunt, maar ook achter *Bestuur in geding*: 'Ik neem geen afstand van de in [Holdijks] ogen her en der wat ruw getoonzette notitie *Besturen in geding* [sic]. Toen ik daaraan meewerkte, heb ik de ruwheid niet tot me laten doordringen, want ik werd verpletterd door de degelijkheid van de rapportage.' (p. 601)

## *1.2 Opinies in kranten*

De leden van de Tweede Kamer spreken pas in het najaar van 1999 over de notitie van het kabinet. Dat duurt enkelen kennelijk te lang. In *Het Parool* (31 maart 1999) schrijven twee leden van de PvdA-fractie, Ad Melkert (fractievoorzitter) en Marja Wagenaar, onder de kop 'Evenwicht tussen de rechterlijke en politieke macht te vaak zoek' een kritisch artikel over juridisering. Omdat Melkert eerder in de Kamer het kabinet tot voorzichtigheid maande bij het tegengaan van de juridisering (§ 6.1), wekt het verbazing dat in deze opinie toch behoorlijk felle kritiek wordt geuit op de rechter: 'De rechter treedt op dit moment te veel in bevoegdheden en deskundigheden die verder gaan dan het formeel juridische.' De kamerleden bekritisieren twee rechterlijke uitspraken. De eerste noemen ze 'absurd', en over de tweede oordelen ze dat 'het evenwicht [hier] zoek [is].' De kritiek is scherp, maar de voorstellen die Melkert en Wagenaar doen niet. De kamerleden schrijven dat de rechter zich moet beperken tot een marginale toetsing, maar streven wat dit betreft geen wetwijziging na. Volgens de politici ligt de oplossing vooral in het verbeteren van de kwaliteit van wetgeving en lagere regelgeving, en in het versterken van de democratie.

Hans Dijkstal en Philippe Brood, leden van de VVD-fractie in de Tweede Kamer, reageren op de opinie van Melkert en Wagenaar. 'PvdA moet niet klagen maar gewoon wetgeving verbeteren' is de kop—en de boodschap van deze kamerleden (*Het Parool*, 13 april 1999). Dijkstal en Brood nemen in dit artikel een heel andere positie in dan die van de VVD-ers Bolkestein, Patijn (Tweede Kamer) en Rensema (Eerste Kamer). Over de rechtszaken die Melkert en Wagenaar in hun opinie noemen, schrijven de VVD-ers dat de rechter hier niet op de stoel van het bestuur gaat zitten maar juist 'het bestuur aan democratisch vastgestelde normen [houdt].' Vervolgens pleiten Dijkstal en Brood, net als Melkert en Wagenaar dus, voor een verbetering van de kwaliteit van wetgeving en een herstel van juridische kennis bij het openbaar bestuur.

Van Wijmen, lid van de CDA-fractie in de Tweede Kamer, houdt er vergelijkbare opvattingen op na. 'Kwaliteitsverhoging bij de wetgeving zou een eerste geneesmiddel moeten zijn,' beweert het kamerlid in *Bestuursforum* (mei 1999, p. 122). Aan de rechter is de juridisering in elk geval niet te wijten: de rechter toetst volgens hem de belangenafweging alleen marginaal. (p. 122)

## *1.3 De begroting van Binnenlandse Zaken*

Op het moment dat de Tweede Kamer met de minister van Binnenlandse Zaken debatteert over de begroting van zijn departement voor het jaar 2000, heeft de kamer inmiddels al schriftelijke vragen aan het kabinet gesteld over de notitie *Juridisering in het openbaar bestuur*, maar die zijn nog niet beantwoord. In de memorie van toelichting op de begroting van Binnenlandse Zaken worden nog eens de belangrijkste instrumenten opgesomd die het kabinet wil inzetten om de juridisering tegen te gaan. (*Kamerstukken II*, 1999/2000, 26 800 VII, nr. 2, pp. 10 en 11) De juridisering staat, als we op de prominente plaats in dit document



mogen afgaan, nog steeds hoog op de politieke agenda. In de Tweede Kamer wordt echter alleen door Brood (VVD) en minister Peper over de juridisering gesproken (13 en 14 oktober 1999). Brood bekritiseert het kabinetsstandpunt. Volgens de parlementariër wordt in de notitie onvoldoende aandacht besteed aan het feit dat juridisering voor een belangrijk deel veroorzaakt wordt door 'rechtsonzekerheid'. '[N]aarmate regels en rechtspraak duidelijker zijn, [zal] een geschil eerder afgelopen zijn en [zullen] partijen sneller zoeken naar een oplossing buiten het recht. Naarmate de regels minder duidelijk zijn, zal men meer geneigd zijn te procederen, immers: nee heb je, ja kun je krijgen.' (*Handelingen II*, 1999/2000, 11, p. 683) De rechtsonzekerheid wordt volgens Brood veroorzaakt door (1) de soms wat lage kwaliteit van wetgeving, (2) de onenigheid onder bestuursrechters over hun taak en (3) het gebruik onder bestuursrechters beslissingen bondig te motiveren. (p. 683) Op een vraag van Scheltema-De Nie (D66) of Brood deze gedurfde stellingen kan onderbouwen—een dag later neemt Brood zelfs de term "bestuursrechtelijke willekeur" in de mond (*Handelingen II*, 1999/2000, 12, p. 799)—, verwijst de VVD-politicus naar artikelen van rechtsgeleerden en juridisch promotie-onderzoek. (*Handelingen II*, 1999/2000, 11, p. 683) Volgens Peper is er altijd meer aandacht voor de fouten die rechters af en toe maken, dan voor de vele zaken die wel goed verlopen. (*Handelingen II*, 1999/2000, 12, p. 769) Brood zegt in een reactie dat het hier niet om incidenten gaat maar om 'een meer continu proces', waarna de minister zegt dat hij zich 'deze opmerking [aantrekt]'. Peper kondigt echter geen beleidsvoornemens aan. (p. 769)

#### 1.4 Het schriftelijk overleg

Het schriftelijk overleg over het kabinetsstandpunt bestaat uit het beantwoorden van maar liefst 156 vragen van de commissies van Binnenlandse Zaken en Justitie door de minister van Binnenlandse Zaken. (*Kamerstukken II*, 1999/2000, 26 360, nr. 2, p. 1) De vragen worden niet door de commissies opgesteld, maar door de fracties die in de commissies participeren. De inbreng van de fracties is heel verschillend. Verreweg de meeste (en de meest uitgebreide) vragen stelt de VVD-fractie. De fracties van de PvdA en het CDA stellen wat minder vragen en de fractie van D66 stelt één vraag. Ik loop nu enkele vragen en antwoorden langs.

Nadat de PvdA-fractie allerlei vragen heeft gesteld over toekomstige maatregelen, wil de VVD-fractie weten wat de 'algemene uitgangspunten' zijn van de aanpak van het probleem. (*Kamerstukken II*, 1999/2000, 26 360, nr. 2, p. 8) Het kabinet zoekt de oplossing vooral op rijksniveau: 'De wetgever zal zich telkens moeten afvragen of regels echt nodig zijn om wezenlijke belangen in de samenleving te beschermen [...].' (p. 10) De VVD-fractie wil ook weten of de Nederlandse bestuursrechter terughoudender toetst dan zijn buitenlandse collega's. Het kabinet antwoordt dat de Nederlandse bestuursrechter een voorzichtiger opstelling heeft dan de Franse, Engelse en Duitse bestuursrechter, al geeft het wel toe dat het hier slechts gaat om 'enige indrukken' op basis van onderzoek. (p. 11) De VVD-fractie vraagt ook of het kabinet vindt dat het

toegenomen gebruik van juridische instrumenten als gevolg van onder andere de toegenomen mondigheid van burgers een wenselijke ontwikkeling is. Volgens het kabinet 'is een toenemende mondigheid van burgers vanzelfsprekend een goede zaak', maar het toegenomen gebruik van juridische instrumenten niet. (p. 12) 'Volwaardig burgerschap dient in de eerste plaats tot uiting te komen door deelname aan het politieke besluitvormingsproces [...]' (p. 12) De procedures voor de bestuursrechter zijn niet bedoeld 'om het politieke debat [...] in de rechtszaal voort te zetten of te herhalen.' (pp. 12-13) Ook vraagt de VVD-fractie naar de relatie tussen 'rechtsonzekerheid' en juridisering. (Denk aan Broods kritiek op de 'rechtsonzekerheid' binnen het bestuursrecht door onder andere meningsverschillen tussen bestuursrechters en de gewoonte om beslissingen beperkt te motiveren.) Volgens het kabinet moet men de onvoorspelbaarheid van bestuursrechtelijke uitspraken 'niet overdrijven' (p. 22). Er bestaat wel 'enig onderzoek'—de minister geeft niet aan welk—, maar daaruit blijkt volgens de minister slechts 'dat deze voorspelbaarheid soms voor verbetering vatbaar is.' (p. 22) Over maatregelen die de rechtseenheid kunnen verbeteren, zegt de minister dat de rechterlijke onafhankelijkheid zich verzet tegen bindende afspraken, maar dat 'richtlijnen' wel mogelijk zijn. (p. 23) Bij de derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie zal dit onderwerp volgens de minister verder aan de orde komen. (p. 24) De minister treft geen maatregelen om bestuursrechters uitgebreider te laten motiveren. (p. 25)

De CDA-fractie vraagt zich onder andere af hoe het verschil van inzicht over de trias politica tussen de werkgroep Van Kemenade en het kabinet kan worden verklaard. Volgens de minister is het verschil 'meer gradueel dan principieel'. (p. 30) Het evenwicht in de trias politica zou volgens het kabinet worden verstoord 'indien de rechter besluiten van het bestuur volledig op doelmatigheid zou toetsen.' (p. 31) Omdat het kabinet in de notitie de maatschappelijke ontwikkelingen als haast onvermijdelijke processen beschrijft, wil de CDA-fractie weten of het kabinet zijn rol ziet als 'volgend ten opzichte van maatschappelijke ontwikkelingen'. (p. 34) De minister antwoordt dat bij de juridisering de ontwikkelingen ofwel 'min of meer autonoom' zijn, ofwel 'op zichzelf gunstig zijn'. Er zijn wel enkele ongunstige neveneffecten die kunnen worden aangepakt. (p. 34)

### *1.5 Korthals' artikel in het Nederlands Juristenblad*

Het *Nederland Juristenblad* plaatst op 28 januari 2000 een artikel van minister Korthals van Justitie. In dit artikel vat Korthals de positie van het kabinet samen. Volgens de minister is juridisering 'meer een probleem van wetgeving dan een probleem van rechtspraak.' De minister meent niet dat de rechtspraak probleemloos is: zij 'baart wel enige zorgen' (Korthals 2000, p. 211). Korthals noemt twee zaken waarbij rechters hun 'staatsrechtelijke grenzen' hebben overschreden: de zaak Kwantum, waarbij de rechtbank belangen ging afwegen (deze zaak leidde tot de belangrijke uitspraak waarbij de Raad van State uiteindelijk bepaalde dat bestuursrechters nog steeds marginaal moeten toetsen), en de Suikerzaak, waarbij de rechter zich mengde in een politieke afweging. (p.



211) Maar juridisering is vooral een probleem van wetgeving. Er zijn eigenlijk twee problemen: wetten zijn soms complex of hebben onvoldoende kwaliteit en de wetten waarin de rechtsbescherming wordt geregeld zijn soms ondoelmatig. (p. 211) Korthals bespreekt vervolgens enkele instrumenten.

### 1.6 *Het algemeen overleg*

Enkele maanden voor het algemeen overleg (in maart 2000) treedt minister Peper af omdat men vermoedt dat hij als burgemeester van Rotterdam onjuist declareerde. (Dat vermoeden blijkt later onvoldoende gesteund te worden door bewijs.) Het mondeling overleg over het kabinetsstandpunt wordt gevoerd met de nieuwe minister De Vries (en met minister Korthals). Van het overleg is een beknopt verslag beschikbaar.

Het kabinetsstandpunt oogst vooral waardering bij de kamercommissies. Van de zes kamerleden die het woord voeren, spreken vier expliciet waardering voor het kabinetsstandpunt uit. (*Kamerstukken II*, 2000/01, 26 360, nr. 3, pp. 2, 3, 5, 6) Drie van de zes woordvoerders merken op dat het debat over juridisering zich goed heeft ontwikkeld. Scheltema-De Nie (D66) bijvoorbeeld acht het 'een voordeel van de grote vertraging in de behandeling van het kabinetsstandpunt over juridisering dat er in de bestuurlijke en wetenschappelijke wereld inmiddels veel duidelijk is geworden over dit onderwerp en dat de scherpe kantjes af zijn van het rapport *Bestuur in geding* van de werkgroep-Van Kemenade.' (p. 1) Rabbae (GroenLinks) houdt er dezelfde opvatting op na: 'Het is een voordeel dat het vrij lang heeft geduurd voordat het kabinetsstandpunt over het rapport van de commissie-Van Kemenade wordt behandeld, want hierdoor is er tijd geweest om zorgvuldig over dit onderwerp na te denken.' (p. 4) Ook volgens Van der Staaij (SGP) heeft het debat een gunstig verloop gekend: 'Inmiddels is duidelijk geworden dat het beeld dat de rechter steeds vaker op de stoel van het bestuur is gaan zitten, onjuist is.' (p. 6)

Dat de commissieleden het kabinetsstandpunt steunen, uit zich ook in het overnemen van de visie of de stellingen die het kabinet in de notitie ontvouwt. Zo stelt Scheltema-De Nie (D66) dat juridisering 'niet slechts een probleem [is]' (p. 1) en beweert Van Wijmen (CDA) dat 'de drie staatsmachten in balans [verkeren]' (p. 2). Er worden wat kleine kritiekpuntjes genoemd. Santi (PvdA) noemt het kabinetsstandpunt een 'intellectuele beschouwing waarin geen concrete voorstellen worden gedaan' (p. 5) en Van der Staaij (SGP) oordeelt dat de ontwikkelingen in het internationale recht weinig aandacht krijgen in de notitie van het kabinet. (p. 6) Een fundamentele kritiek op de definitie van het probleem of een argumentatie van het kabinet, kan in het verslag niet worden aangetroffen. De vragen die de commissieleden stellen, hebben haast allemaal betrekking op de voorbereiding of uitvoering van voorgenomen maatregelen tegen juridisering.

## 1.7 Conclusie

Vlak na de publicatie van *Juridisering in het openbaar bestuur* wordt het kabinetsstandpunt kritisch besproken door Rensema, lid van de Eerste Kamer (VVD). Hij bekritiseert het kabinet omdat het volgens hem onvoldoende onderscheid maakt tussen de standpunten van rechtsgeleerden en bestuurders. In een opiniërend artikel in *Het Parool* verlaten VVD-ers Brood en Dijkstal, leden van de Tweede Kamer, het standpunt dat Bolkestein en Patijn eerder in de Tweede Kamer verdedigden. De steun binnen de VVD-fractie in de Tweede Kamer voor *Bestuur in geding* lijkt met het vetrek van fractievoorzitter Bolkestein te zijn verdwenen. De fractie beweert bij monde van Brood niet meer dat de rechter op de stoel zit van het bestuur, maar dat er te weinig eenheid is in bestuursrechtelijke uitspraken. Uit de schriftelijke en vooral de mondelinge behandeling van het kabinetsstandpunt kan worden opgemaakt dat de Tweede Kamer instemt met de positie van de regering. De vragen die deze parlementariërs stellen, zijn niet kritisch—ze betreffen ook maar in beperkte mate het kabinetsstandpunt. Vaak betreffen ze ‘technische’ kwesties, zoals het tijdstip en de precieze vorm van de door het kabinet in het vooruitzicht gestelde maatregelen.

## 2 Over commissies en het schriftelijke en het mondelinge vraag-en-antwoordspel

### 2.1 Commissies

Wat zijn vaste kamercommissies eigenlijk? De Tweede Kamer kent voor ieder ministerie een vaste commissie, met uitzondering van het ministerie van Algemene Zaken (art. 16 Reglement van Orde van de Tweede Kamer). De kamer kan ook algemene commissies (art. 17) en themacommissies instellen. De commissieleden zijn telkens leden van de Tweede Kamer. Commissies bereiden de plenaire behandeling van een wetsvoorstel voor of voeren debatten van meer bestuurlijke aard.<sup>3</sup>

Wat kunnen commissies? Commissies kunnen ministers om stukken vragen (art. 27 onder a), mondeling of schriftelijk in overleg treden met een minister (art. 27 onder b), een rondetafelgesprek beleggen (c), een hoorzitting houden (d), werkbezoeken afleggen (e), zich laten voorlichten door colleges van advies (f), externe deskundigen inschakelen (g) en de Kamer voorstellen een groot project aan te wijzen (h).

In het debat over juridisering zijn de vaste commissies van Binnenlandse Zaken en Justitie samengevoegd. De commissies houden eerst een schriftelijk overleg en daarna een mondeling overleg. De andere bevoegdheden (b-h) worden niet gebruikt.

<sup>3</sup> Een bestuurlijk debat is een debat over de uitvoering van algemeen verbindende voorschriften. Zie ook hoofdstuk 3.



## 2.2 *De vorm van het schriftelijk overleg*

Over de vorm van een schriftelijk overleg is in het Reglement van Orde van de Tweede Kamer niets geregeld. Het schriftelijk overleg heeft desalniettemin een specifieke vorm. Het schriftelijk overleg over het kabinetsstandpunt heeft in elk geval deze twee kenmerken: de vragen worden niet gesteld door de commissies als geheel maar door de fracties die participeren in de commissies, en de ordening van het verslag van het schriftelijk overleg met de minister wordt bepaald door de minister, omdat de minister de vragen kan bundelen en zelfs in een andere volgorde kan behandelen.

Deze inrichting van het overleg is voordelig voor de antwoorder. (a) De minister heeft, alleen al omdat het een schriftelijk overleg is, veel bedenktijd zodat het haast altijd mogelijk is een lastige vraag te omzeilen. (b) De fractieleiden kunnen daarentegen, ook als gevolg van de schriftelijke vorm, niet dóórvragen wanneer zij ontevreden zijn over een antwoord. (c) Vervolgens lijkt het gebruik dat de fracties vragen stellen het aantal vragen te bevorderen en de kwaliteit van de vragen te verminderen (vanwege de schaarste aan capaciteit en tijd bij de fracties). Ook hierdoor wordt het voor de minister eenvoudiger de vragen te ontwijken. (d) Omdat de minister de volgorde en ordening van de antwoorden bepaalt, kan de minister sommige vragen en antwoorden benadrukken (die vragen beantwoordt de minister bijvoorbeeld vooraan en afzonderlijk) en sommige vragen en antwoorden minder aandacht geven (die vragen beantwoordt de minister bijvoorbeeld tezamen en achteraan). Ook hierdoor wordt het gemakkelijker lastige vragen te omzeilen.

## 2.3 *Typen van mondeling overleg*

In het Reglement van Orde worden drie typen van mondeling overleg onderscheiden (artt. 28, 39, 40 en 41): een nota-overleg, een algemeen overleg en een wetgevingsoverleg. Zoals de namen al aangeven, betreft een nota-overleg een 'stuk' (art. 40 lid 1), gaat een wetgevingsoverleg over een wetsvoorstel en zijn zaken die betrekking hebben op het 'beleidsterrein' van een commissie het onderwerp van een algemeen overleg (art. 41, lid 1).<sup>4</sup> Het mondeling overleg over het kabinetsstandpunt—een 'stuk' nietwaar?—wordt als een algemeen overleg geclassificeerd. Misschien is de reden hiervoor dat er tussen het schriftelijk en het mondeling overleg zoveel tijd is verstreken (het schriftelijk overleg is vastgesteld op 1 november 1999, het mondeling overleg is gehouden op 6 september 2000) dat de commissieleden zichzelf de vrijheid wilden geven ook te spreken over andere (meer actuele) zaken dan het kabinetsstandpunt.

Ook hier ligt de precieze vorm van het overleg niet vast in het Reglement van orde. De vorm die gevolgd wordt is dat enkele van de commissieleden (in dit geval zes) direct na elkaar korte toespraakjes houden met

<sup>4</sup> De regels met betrekking tot de soorten overleg verschillen enigszins. Het voert te ver om die verschillen hier te behandelen. Zie de artikelen 39 tot en met 41 Reglement van Orde van de Tweede Kamer.

daarin enkele vragen, waarna de ministers korte redes houden en op de vragen antwoorden. De commissieleden krijgen daarna één voor één een tweede spreekbeurt en dat geldt tenslotte ook voor de ministers. De commissie maakt van het overleg een 'beknopt verslag' (geen 'stenografisch verslag'). Ook de vorm van het mondelinge overleg is in het voordeel van de antwoorder. De mogelijkheid om op één punt door te vragen is zeer beperkt. Omdat de ministers alle vragen tezamen kunnen nemen, wordt het gemakkelijker kritische vragen niet te beantwoorden. De positie voor de vragers is hier wel wat sterker dan in het schriftelijk overleg, omdat de vragers hier een tweede ronde hebben, zodat ze de vraag kunnen herhalen of aanscherpen wanneer ze over het antwoord in eerste aanleg ontevreden zijn. Maar het spreekt voor zich dat bijvoorbeeld een één-op-één interview (zoals in talkshows wel gebruikelijk is) een veel kritischer ondervraging van een bewindspersoon mogelijk maakt.

### **3 Overtuigingsmiddelen**

#### *3.1 Is er een tegenstander die onderbouwt, aanvalt en verdedigt?*

Is er in de verslagen van het schriftelijke en mondelinge overleg een tegenstander te ontdekken, dat wil zeggen: een partij die het kabinetsstandpunt aanvalt en een alternatief wetsvoorstel onderbouwt en verdedigt? Met die vraag in het achterhoofd bestuderen we nogmaals de verslagen van het schriftelijke en het mondelinge overleg.

#### *Het schriftelijk overleg*

In het schriftelijk overleg tel ik 156 vragen.<sup>5</sup> Een ruime meerderheid van de vragen zijn verzoeken om inlichtingen: 139 (89% van de vragen). Bijvoorbeeld: 'Wanneer komt [het kabinet] met voorstellen om bij grote projecten tot een allesomvattende besluitvormingsprocedure te komen?' (*Kamerstukken II*, 1999/2000, 26 360, nr. 2, p. 5) 'Welke maatregelen overweegt [het kabinet] om de juridische functie binnen het openbaar bestuur te versterken?' (p. 5) 'Op welke punten gaat [het kabinet] de coördinatie van wetgeving verbeteren?' (p. 6) 'Hoe denkt het kabinet overschrijding door de rechter van de hem gestelde termijnen te sanctioneren?' (p. 29) 'Kan het kabinet inzicht verschaffen in de wijze waarop de discussie over jurisdisering en het openbaar bestuur in andere Europese landen gestalte krijgt en op welke wijze andere regeringen dit probleem denken aan te pakken [...]?' (p. 11)

17 van de 156 vragen zijn te beschouwen als uitingen van kritiek (11%). Bijvoorbeeld: 'Meent het kabinet daadwerkelijk dat het evenwicht in de Trias in het geding is wanneer de verhouding tussen de drie machten een belemmering van de slagvaardigheid van het bestuur met zich meebrengt?' (p. 13) 'Kan het kabinet aangeven waarom het bij de redelijkheid van een belangenafweging niet

<sup>5</sup> Het kabinet nummert tot 177. Het verschil ontstaat omdat sommige vragen dubbel zijn omdat fracties ongeveer dezelfde vragen stellen. 156 is het aantal beantwoorde vragen.



gaat om een rechtsnorm, te meer nu het in het gemene recht al in ruime mate als rechtsnorm wordt aanvaard?' (p. 21)

Of er sprake is van een partij die een alternatief voor het kabinetsstandpunt onderbouwt en het kabinetsstandpunt aanvalt, zou moeten blijken uit de groep van 17 kritische vragen. Er zijn vier fracties die vragen stellen: de fracties van de PvdA (30 vragen, waarvan 2 kritisch), D66 (1 vraag, waarvan 0 kritisch), VVD (92 vragen, waarvan 9 kritisch) en CDA (33 vragen, waarvan 6 kritisch).

De twee kritische vragen die de PvdA-fractie stelt, betreffen beide de snelheid van de besluitvorming.<sup>6</sup> 'Waarom is het kabinet niet voornemens afspraken in het bestuursakkoord te maken over het belang van de snelheid van besluitvorming? Waarom is het kabinet niet voornemens afspraken in het bestuursakkoord te maken omtrent een algemene toewijding van het openbaar bestuur aan rechtszekerheid en snelheid van besluitvorming?' De vragen zijn niet gemakkelijk als een aanval op één van de vier hoofdargumenten te reconstrueren. Het kabinet is blijkens *Juridisering in het openbaar bestuur* al bereid termijnen aan bestuur en rechtspraak op te leggen (*Kamerstukken II*, 1998/99, 26 360, nr. 1, pp. 19-21), maar denkt nog na over de precieze manier waarop ze dat zal doen. (*Kamerstukken II*, 1999/2000, 26 360, nr. 2, p. 7)

De VVD-fractie stelt 9 kritische vragen. De eerste twee daarvan drukken een concurrerende visie uit op het evenwicht tussen de drie staatsmachten:

Meent het kabinet daadwerkelijk dat het evenwicht in de Trias in het geding is wanneer de verhouding tussen de drie machten een belemmering van de slagvaardigheid van het bestuur met zich meebrengt?

Is het volgens het kabinet niet juist het oogmerk van de Triasleer de gedragsopties van het bestuur te beperken en daarmee dus een beperking van de slagvaardigheid van het bestuur tot stand te brengen? (*Kamerstukken II*, 1999/2000, 26 360, nr. 2, p. 13)

De fractie richt zich hier tegen de algemene opmerking van het kabinet dat het evenwicht tussen de staatsmachten bedreigd wordt daar waar de juridisering de slagvaardigheid van het bestuur 'belemmert' (*Kamerstukken II*, 1998/99, 26 360, nr. 1, p. 5). Het kabinet stelt in *Juridisering in het openbaar bestuur* overigens dat dat evenwicht op dit moment nog niet wordt verstoord en dat standpunt herhaalt het hier als antwoord op de vraag. Ook antwoordt het kabinet dat het verminderen van de slagvaardigheid van het bestuur niet het doel is van de trias politica-leer, maar 'het voorkomen van te grote macht bij één der drie onderdelen, ongeacht welke.' (*Kamerstukken II*, 1999/2000, 26 360, nr. 2, p. 13)

De VVD-fractie heeft ook kritiek op de suggestie van het kabinet dat alternatieve vormen van geschillenbeslechting de juridisering in het openbaar bestuur kunnen verminderen: 'Is het kabinet niet van mening dat de voorkeur

<sup>6</sup> Het begrip 'besluitvorming' dat ik hier in navolging van de politici gebruik, heeft een veel ruimere betekenis dan de uitleg die ik in hoofdstuk 3 van dit proefschrift van dit begrip heb gegeven. Wat de PvdA-fractie hier bedoelt, is het beleidsproces. De besluitvorming is daar in mijn termen een onderdeel van.

verdient dat conflicten middels de rechter worden opgelost boven geweld en sociale druk waar altijd sprake zal zijn van onevenwichtige machtsrelaties?' (p. 17) Het kabinet meent in haar antwoord (sterker nog dan op pagina 33 van het standpunt) dat die alternatieve vormen juist wel zouden moeten worden ontwikkeld en 'beproefd'. Het beroep op de rechter moet niet het eerste maar het laatste middel van conflictoplossing zijn. De mogelijkheid om naar de rechter te stappen helpt volgens het kabinet voorkomen dat er een situatie ontstaat waarbij 'geweld en sociale druk' de doorslag geven. (p. 17)

De VVD-fractie stelt drie kritische vragen over de bezwaarschriftprocedure. Van die procedure wordt al sinds de invoering van de wet AROB verwacht dat het openbaar bestuur er van leert. Maar die functie heeft de procedure volgens de VVD-fractie onvoldoende. Waarom is dat zo en waarom maakt de minister hier geen afspraken over met lagere bestuursorganen?<sup>7</sup> Volgens de minister heeft de bezwaarschriftprocedure nog niet de gewenste werking omdat bestuursorganen haar lange tijd als een 'exclusief juridisch fenomeen' zagen. Volgens de minister is dat inmiddels aan het veranderen. (p. 20)

De VVD-fractie vraagt zich ook af waarom het kabinet redelijkheid (bijvoorbeeld van een belangenafweging) niet als een rechtsnorm ziet. Het kabinet geeft als antwoord dat de bestuursrechtelijke norm is 'of de belangenafweging niet kennelijk onredelijk is', omdat de rechter anders in de bevoegdheid van het bestuur treedt. (pp. 21-22) De laatste twee kritische vragen betreffen zaken die volgens de fractie in het kabinetsstandpunt ontbreken: het thema van de onvoorspelbaarheid van het bestuursrecht *voor de burger* (dat ontbreekt volgens het kabinet omdat de invalshoek van het bestuur centraal stond, p. 22) en de maatregel de bestuursrechter aan een nadere motiveringsplicht te binden (die ontbreekt volgens het kabinet omdat de bestuursrechter al een motiveringsplicht heeft en de helderheid van de motivering afhangt van de manier waarop de rechter die plicht *invult*, p. 25).

De fractie van het CDA, de enige oppositiefractie die vragen stelt, stelt naar verhouding de meeste kritische vragen: 6 uit 33. De fractie vindt het vreemd dat het kabinet schrijft dat het bestuur 'terrein verliest aan de rechter', terwijl de rechter alleen maar toetst of het bestuur rechtmatig heeft gehandeld. (p. 28) Volgens het kabinet is dit toch mogelijk en wel in die gevallen wanneer de rechter vanwege de lengte van een procedure wel op de stoel van het bestuur *moet* gaan zitten, omdat 'het niet inhoudelijk doorhakken van de knoop maatschappelijk onaanvaardbaar zou zijn.' (p. 28) Wanneer dit zich steeds vaker voordoet, verliest het bestuur terrein aan de rechter, aldus het kabinet.

De fractie toont zich ook tegenstander van het verdwijnen van het hoger beroep in sommige gevallen. Het kabinet verwijst de CDA-fractie naar een in de toekomst te verschijnen discussienota. De fractie bekritiseert ook het besluit van het kabinet het beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en

---

<sup>7</sup> Ik parafraseer hier de drie vragen in één vraag. Zie pagina 20 van het kamerstuk voor de drie vragen.



beleidsregels vooralsnog niet mogelijk te maken. Het kabinet verwijst de CDA-fractie voor de redenen naar eerdere documenten. (p. 30)

De CDA-fractie verbaast zich er ook over dat het kabinet enerzijds beweert dat de Awb niet bijdraagt aan juridisering en dat het aan de andere kant wel voorstellen doet om de Awb te wijzigen. 'Hoe verhoudt dit zich tot elkaar?' (p. 31) Het kabinet antwoordt: '[H]et feit dat juridisering niet primair uit de Awb voortvloeit, betekent natuurlijk niet dat de Awb op dit punt voor geen enkele verbetering vatbaar zou zijn.' (p. 31)

Het éénnalaatste punt van kritiek betreft een tekstuele onvolkomenheid. (p. 34) De laatste vraag betreft de oorzaak van de juridisering. Volgens de CDA-fractie ligt die niet zozeer bij de maatschappelijke ontwikkelingen (die in het kabinetsstandpunt uitgebreid werden behandeld), maar bij ontwikkelingen binnen de overheid zelf. 'Moet dit dan niet leiden tot een zekere mate van relativering van het probleem van juridisering?' (p. 36) Volgens het kabinet is daar geen reden voor: 'het feit dat een deel van de oorzaak van een probleem bij de overheid ligt, maakt het probleem niet daarom gemakkelijk of zelfs maar gemakkelijker oplosbaar.' (p. 36)

De kritische vragen in het schriftelijk overleg zijn maar in beperkte mate te reconstrueren als aanvallen op de vier belangrijke punten waarop het oordeel van het kabinet rust: (a) het argument dat er sprake is van juridisering, (b) het argument dat dit in bepaalde opzichten een probleem is en de argumenten dat het voorstel (c) effectief en (d) efficiënt is. Wellicht dat de vraag van de VVD-fractie over de trias politica een aanval is op het argument dat juridisering een probleem is. Is het niet de bedoeling, zo vraagt de fractie zich af, dat de slagvaardigheid van het bestuur wordt beperkt? Als die vraag met ja wordt beantwoord, zou dit kunnen betekenen dat juridisering niet een probleem is (b) maar een teken van een goede verhouding tussen de drie staatsmachten. Maar het is op basis van alleen die vraag twijfelachtig of de VVD hier echt meent dat zij juridisering geen probleem vindt. De fractie heeft zich van alle partijen nog het sterkst achter *Bestuur in geding* geschaard! De vraag van de CDA-fractie dat het kabinet inconsistent redeneert, zou opgevat kunnen worden als een kritiek op de probleemdefinitie of op de effectiviteit van de maatregelen die het kabinet voorstelt. Het kabinet beweert dat de Awb niet tot juridisering leidt, maar pakt juridisering wel aan door de Awb te wijzigen. Het CDA zou het standpunt in kunnen nemen dat of de probleemdefinitie niet klopt, of de maatregelen niet effectief kunnen zijn als de probleemdefinitie wel klopt. De andere kritische vragen zijn toch vooral te beschouwen als kleine steekjes onder water. Geen van de partijen grijpt het schriftelijk overleg aan om een grootscheepse aanval op het kabinetsstandpunt in te zetten of een alternatief voor het kabinetsstandpunt te onderbouwen of te verdedigen.

### *Het mondeling overleg*

De opzet van het mondeling overleg nodigt wellicht meer uit tot het onderbouwen van een alternatief standpunt. De fracties hebben hier immers de gelegenheid een betoogje te houden. Ook is het doorzetten van een aanval wat gemakkelijker: de fracties krijgen een tweede termijn, zodat een onbevredigend

antwoord aan de kaak kan worden gesteld en een nieuwe, preciezere vraag kan worden geformuleerd.

Er zijn in totaal acht sprekers: voor elke participerende fractie (D66, CDA, VVD, GroenLinks, PvdA en SGP) en elk ministerie (Binnenlandse Zaken en Justitie) één. Scheltema-De Nie (D66) formuleert geen kritische vragen. Zij is het eens met het kabinetsstandpunt en oneens met analyses en voorstellen uit *Bestuur in geding* (Kamerstukken II, 2000/01, 26 360, nr. 3, pp. 1-2). Ook Van Wijmen (CDA) schaart zich achter het kabinetsstandpunt (pp. 2-3).

Vos (VVD) heeft ook waardering voor het kabinetsstandpunt, maar laat in contrast met de andere sprekers wat meer merken dat hij juridisering een groot probleem vindt. Hij vraagt vervolgens 'een reactie van de regering op een alternatief waarvan de Maastrichtse hoogleraar Tak pleitbezorger is.' (p. 3) Taks alternatief komt er in Vos' weergave op neer dat tegen een overheidsbesluit *administratief* beroep mogelijk is wanneer een belanghebbende meent dat het besluit onrechtmatig is, en beroep bij de *rechter* mogelijk is wanneer een belanghebbende meent dat met zijn belang onvoldoende rekening is gehouden. Als in *administratief* beroep de conclusie is dat een besluit niet onrechtmatig is, dan kan het worden uitgevoerd. Belanghebbende burgers kunnen bij de *rechter* alleen een schadevergoeding eisen. Volgens Vos is het alternatief meer in overeenstemming met de machtscheiding ('de niet democratisch gelegitimeerde rechter kan een democratisch genomen besluit niet meer vernietigen [...]') en vergroot het de slagvaardigheid van het bestuur ('als het besluit standhoudt in de rechtmatigheidstoets, is het onaantastbaar geworden en kan er begonnen worden met de uitvoering ervan'). (p. 4) Vos schetst dus de contouren van een heel nieuw wetsvoorstel (hoewel hij beweert dat alleen artikelen 8:1 en 8:72 van de Awb hoeven te worden aangepast) en onderbouwt dat met de twee bovenstaande argumenten.

Rabbae (GroenLinks) valt Vos' voorstel meteen aan: 'de rechten van burgers worden ingeperkt en de rechter verwordt tot een schadeverzekeraar'. (p. 4) In het vervolg van zijn betoog spreekt hij zijn waardering uit voor het kabinetsstandpunt. Santi (PvdA) vraagt de bewindslieden om inlichtingen over voorgenomen maatregelen. (p. 5)

Van der Staaij (SGP) roept de ministers op het probleem evenwichtig te benaderen. Hij maakt kritische opmerkingen over enkele wijzigingen in de Awb. Het probleem met de 'bestuurlijke lus' is volgens hem dat het bestuur onzorgvuldiger zal kunnen worden. '[Het] gevaar dreigt dat er gemakkelijker wordt omgegaan met vormvoorschriften en bevoegdheidsgebreken. Waaraan denkt de regering bij de bestuurlijke lus [...]?' (p. 6) Ook vraagt Van der Staaij zich af wat het kabinet wil met de beginselen van behoorlijk bestuur. 'De regering wil nog bezien of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur helderder moeten worden geformuleerd. Welk nadere onderzoek loopt er? Er lijkt op dit punt niet veel winst te behalen nu in het kader van de totstandkoming van de Awb nauwkeurig is bezien welke formuleringen konden worden ontleend aan jurisprudentie uit een reeks van jaren.' (p. 6) Van der Staaijs vragen kunnen als een aanval worden gekwalificeerd.



Korthals, minister van Justitie, reageert op Vos' pleidooi voor Taks voorstel. Hij interpreteert de theorie van Tak anders dan Vos: in Taks voorstel kan volgens de minister 'de bestuursrechter het bestuur ook verbieden het besluit uit te voeren. Dit maakt het verschil met de huidige praktijk in het overgrote deel van de gevallen theoretisch.' (p. 9) Ook verwierpt Korthals het uitgangspunt: 'Het is ook principieel onjuist om de rechtmatigheid uitsluitend te laten beoordelen door de overheid, die tevens belanghebbend is.' (p. 10) Korthals valt hier dus Vos' voorstel aan door er twee argumenten tegen in te brengen. Op Van der Staaijs vraag over de 'bestuurlijke lus' zegt Korthals dat zonder wetswijziging al veelvuldig van de bestuurlijke lus wordt gebruik gemaakt. 'Er is waarschijnlijk dan ook geen behoefte aan wetswijziging op dit punt.' (p. 10) (Maar Van der Staaij vond dat er aan de bestuurlijke lus nadelen kleven.) En over de beginselen van behoorlijk bestuur beweert Korthals dat ze 'inmiddels zo duidelijk mogelijk zijn vastgelegd,' al zou jurisprudentie aanleiding kunnen geven tot veranderingen. (p. 10) Korthals weerlegt Van der Staaijs punten van kritiek niet, maar trekt zich er ook weinig van aan: zijn standpunt ten opzichte van de kritiek is wat onbepaald.

In de tweede termijn blijken ook Scheltema-De Nie (D66) en Van der Staaij (SGP) tegenstanders te zijn van Vos' voorstel. Volgens Van der Staaij is het voorstel een breuk met de Awb. Vos verdedigt zijn voorstel niet tegen de aanvallen van de andere commissieleden en Korthals. Hij beweert nu alleen nog dat 'een oorspronkelijk denker zoals professor Tak de discussie verder kan brengen' en dat hij Taks bijdrage 'waardevol' vindt. (p. 10)

De conclusie is dat in het mondeling overleg een *onderbouwing* van een alternatieve opzet van een wetsvoorstel kan worden aangetroffen (Vos geeft twee argumenten voor een alternatieve organisatie van de bestuursrechtspraak), een *aanval* op dit alternatief (door andere commissieleden en de minister) en een soort van *aanval* op het kabinetsstandpunt (Van der Staaij zet vraagtekens bij twee wijzigingen).

De argumenten die Vos ter onderbouwing van zijn alternatief aandraagt, zijn relevant, maar niet voldoende: de parlementariër voert wel aan dat het voorstel effectief is, maar niet dat het geen grote nadelen kent (efficiënt is). Rabbae (GroenLinks) en minister Korthals vallen het juist hierop aan: het tast de rechten van burgers aan (volgens Rabbae) omdat het burgers het beroep op een onafhankelijke rechter ontnemt (volgens Korthals). Vos' voorstel is misschien ook niet echt serieus. Hij 'vraagt een reactie van de regering' op een idee. Dat is iets anders dan niet akkoord gaan met het kabinetsstandpunt omdat zijn fractie een ander voorstel prefereert. Het lijkt me dat Vos niet meer dan een *proefballonnetje* oplaat. Dat blijkt ook uit feit dat hij zich niet verdedigt tegen de aanvallen van de minister en de andere commissieleden.

Van der Staaijs aanval lijkt me deugdelijk beredeneerd: hij voert voor zijn aanval op twee voorgenomen maatregelen voldoende relevante argumenten aan. De ene maatregel kent een belangrijk nadeel (bestuurlijke lus), de andere heeft niet zoveel perspectief (veranderen beginselen van behoorlijk bestuur).

De conclusie van deze paragraaf is dat er niet sprake is van *serieuze* tegenstand ten opzichte van het kabinetsstandpunt. Er is geen partij die serieus een alternatief plan onderbouwt, aanvalt en verdedigt.

### 3.2 *Herkennen de commissies de retoriek van het kabinet?*

Ook al hebben we nu vastgesteld dat de commissies het kabinet geen partij bieden en er dus geen sprake is van een debat (omdat een debat het bestaan van *partijen* veronderstelt), zal ik voor de volledigheid toch nog onderzoeken of de commissie in dit tweede (deel van het) debat laat zien dat ze de retoriek van het kabinet herkennen. Uiteraard telt de gevonden 'score' niet mee met het bepalen van de kwaliteit van dit (tweede) politieke debat, eenvoudig omdat dit geen politiek debat is. Als iets geen debat is, kan het ook geen slecht debat zijn.

In het vorige hoofdstuk is de conclusie getrokken dat het kabinet in het standpunt de suggestie wekt dat er helemaal geen meningsverschil is over juridisering en dat de discussie een soort denkproces is geweest, geen debat. Het kabinet heeft haar stuk het karakter gegeven van een sociologische studie. De beschrijvingen van allerlei ontwikkelingen wekken niet de indruk dat een beredeneerd standpunt wordt gepresenteerd. Dit is mogelijk een krachtige retoriek, omdat het kabinet de indruk wekt geen *partij* te zijn. En als de commissies inderdaad geloven dat het geen partij is, dan hoeven zij geen *publiek* te zijn, dan hoeven zij niet over het pleidooi van die partij te oordelen en hoeven commissieleden geen alternatief te onderbouwen.

Het percentage kritische vragen in het schriftelijke overleg (11%) lijkt alleen maar steun te bieden aan de inschatting dat de commissies de retoriek van het kabinet niet doorzien.

De eerste indruk met betrekking tot het mondelinge overleg is dat in elk geval vier van de zes parlementariërs beïnvloed zijn door de retoriek van het kabinet. Twee van deze vier beweren dat het zo voordelig is dat de discussie zo lang heeft geduurd, en wel omdat zó alle misverstanden konden worden weggenomen. Scheltema-De Nie (D66) zegt bijvoorbeeld dat:

het een voordeel van de grote vertraging in de behandeling van het kabinetsstandpunt over juridisering [is,] dat er in de bestuurlijke en wetenschappelijke wereld inmiddels veel duidelijk is geworden over dit onderwerp en dat de scherpe kantjes af zijn van het rapport *Bestuur in geding* van de werkgroep-Van Kemenade [...]. (*Kamerstukken II*, 2000/01, 26 360, nr. 3, p. 1)

En Rabbae (GroenLinks) meent hetzelfde:

het is een voordeel dat het vrij lang heeft geduurd voordat het kabinetsstandpunt over het rapport van de commissie-Van Kemenade wordt behandeld, want hierdoor is er tijd geweest om zorgvuldig over dit onderwerp na te denken. (p. 4)



Ook Van der Staaij lijkt van het kabinet over te nemen dat de discussie een soort van denkproces is: ‘inmiddels is het duidelijk geworden dat het beeld dat de rechter steeds vaker op de stoel van het bestuur gaat zitten, onjuist is.’ (p. 6) En Van Wijmen neemt van het kabinet het historische gezichtspunt over: ‘Dat de uitvoerende macht in Nederland problemen ervaart als gevolg de rechterlijke tussenkomst, vindt zijn oorzaak in de staatsrechtelijke en bestuursrechtelijke geschiedenis.’ (p. 2) Daarna geeft hij een soort geschiedkundige of sociologische beschrijving van de oorzaken van juridisering, alsof het kabinetsstandpunt instemmend wordt samengevat.

Maar misschien moeten we de inschatting of de commissies de zojuist behandelde retoriek doorzien, laten afhangen van het antwoord op de vraag of ze zich *gedragen* als publiek, omdat als ze zich *gedragen* als publiek, ze het kabinet kennelijk zien als partij—wat zou betekenen dat de retoriek van het kabinet wordt doorzien. Dit onderzoek ik in de volgende paragraaf, waar ik de afweging van de commissies beschrijf.

### 3.3 *Wegen de commissies de argumenten voor en tegen het wetsvoorstel af?*

Ik beperk me hier tot het mondelinge overleg. De vorm van het schriftelijke overleg laat het maken van een afweging bijna niet toe. Scheltema-De Nie (D66) is het eens met het kabinetsstandpunt, maar geeft niet aan waarom (*Kamerstukken II*, 2000/01, 26 360, nr. 3, pp. 1-2). Datzelfde geldt voor Van Wijmen (CDA) (pp. 2-3). Ook Vos beweert dat hij het kabinetsstandpunt ‘waardeert’. Het wordt niet duidelijk waarom hij dan een alternatief voorstelt. (pp. 3-4) Schort er toch iets aan de visie van het kabinet? Vos neemt dat standpunt niet in en voert er dus ook geen argumenten voor aan. Ook Rabbae (GroenLinks) spreekt zijn waardering uit en stelt wat vragen. Hij motiveert zijn waardering niet. (pp. 4-5) Santi (PvdA) doet een kritische uitspraak over het kabinetsstandpunt: het is een ‘intellectuele beschouwing waarin geen concrete voorstellen worden gedaan’. (p. 5) Hij beoordeelt het stuk verder niet. Santi doet allerlei beweringen, waarvan niet duidelijk is of op moeten worden geval als kritiek op of bijval voor het kabinetsstandpunt. Van der Staaij (SGP) lijkt tenslotte nog het meest de rol van publiek op zich te nemen: hij vindt het kabinetsstandpunt genuanceerd omdat het kabinet oog heeft voor de voor- en nadelen van het verschijnsel. (p. 6) Ontwikkelingen in het internationale recht ontbreken volgens hem ten onrechte in het rapport. Van der Staaijs kritiek op de bestuurlijke lus en het onderzoek naar de formulering van de beginselen van behoorlijk bestuur, zou, behalve als een aanval op het kabinetsstandpunt,<sup>8</sup> ook kunnen worden opgevat als de kritische vragen van een lid van het publiek. Maar een afweging van voor- en nadelen is ook in zijn betoog niet terug te vinden. Het antwoord op de vraag of de commissies de argumenten voor en tegen het wetsvoorstel afwegen is dus ontkennend. Hieruit kan niet meteen worden geconcludeerd dat de commissieleden de retoriek van het kabinet niet herkennen. Misschien herkennen ze de retoriek wel, maar doen ze er niets mee,

<sup>8</sup> Zie paragraaf 3.1 van dit hoofdstuk.

omdat ze het wel eens zijn met het kabinet. De conclusie is in elk geval, net als bij het kabinet, dat de commissies niet *laten zien* dat ze de retoriek herkennen.

#### 4 Het gezichtspunt van de commissies op juridisering

In het mondelinge en in het schriftelijke overleg komen we weinig metaforen tegen. De metaforen die worden gebruikt, zijn inmiddels bekend. De staatsrechtelijke analyse vindt plaats in termen van het model van machts-evenwicht.

DE STAAT IS EEN WEEGSCHAAL

het *evenwicht* in de trias is (nog) niet aan het *wankelen* gebracht (minister, *Kamerstukken II*, 1999/2000, 26 360, nr. 2, p. 30)

het *evenwicht* zou *verstoord* worden als de rechter besluiten van het bestuur op doelmatigheid zou toetsen (idem, p. 31)

de drie staatsmachten verkeren in *balans* (Van Wijmen (CDA), *Kamerstukken II*, 2000/01, 26 360, nr. 3, p. 2)

Maar ook treffen we oordelen en analyses aan waarbij het model van machtscheiding als achtergrond lijkt te worden gebruikt.

DE STAAT IS EEN TRIAS POLITICA; EEN FUNCTIE IS EEN STOEL

het bestuur *verliest* geen *terrein* aan de rechter (CDA-fractie, *Kamerstukken II*, 1999/2000, 26 360, nr. 2, p. 28)

in sommige opzichten *verliest* het bestuur *terrein* aan de rechter (minister, *Kamerstukken II*, 1999/2000, 26 360, nr. 2, p. 28)

er ontstaan pas problemen als de rechter teveel op de *stoel* van het bestuur gaat *zitten* (Scheltema-De Nie (D66), *Kamerstukken II*, 2000/01, 26 360, nr. 3, p. 1)

de rechter gaat niet teveel op de *stoel* van het bestuur *zitten* (Scheltema-De Nie (D66), *Kamerstukken II*, 2000/01, 26 360, nr. 3, p. 2)

het bestuur was er altijd bang voor dat de rechter op zijn *stoel* zou gaan *zitten* (Van Wijmen (CDA), *Kamerstukken II*, 2000/01, 26 360, nr. 3, p. 2)

het beeld dat de rechter steeds vaker op de *stoel* van de rechter gaat *zitten*, is onjuist (Van der Staaij (SGP), *Kamerstukken II*, 2000/01, 26 360, nr. 3, p. 6)

Oplossingen worden vooral gezocht in 'de *stroomlijning* van procedures' (minister, *Kamerstukken II*, 1999/2000, 26 360, nr. 2, pp. 2 en 28, CDA-fractie, idem, p. 28) en in de '*bundeling* van de besluitvorming' (minister, idem, p. 3).

#### 5 Conclusie

In het schriftelijke en mondelinge overleg dat de commissies van Binnenlandse Zaken en Justitie voeren met de ministers van die departementen, treffen we geen serieuze tegenstander van het kabinetsstandpunt aan. Er wordt wel een



alternatief naar voren gebracht, maar dat is meer een proefballonnetje. En de kritiek die naar voren komt, is gering. Alle fractiewoordvoerders lijken in te stemmen met het kabinetsstandpunt. Ze doen dat niet erg uitgesproken en redeneren er al helemaal niet uitvoerig voor. De commissieleden laten niet blijken dat ze de retoriek van het kabinet doorzien. Van een debat tussen enerzijds het kabinet en commissieleden die het eens zijn met het kabinet en anderzijds commissieleden die het oneens zijn met het kabinet, is al met al geen sprake. De vraag of er sprake is van een goed debat, komt daarom niet aan de orde.

## Conclusie

### 1 Formele kenmerken?

Heeft het juridiseringsdebat de kenmerken van een goed politiek debat? In hoofdstuk 2 heb ik uitgelegd dat het mij ging om formele kenmerken. Ik ben in dit proefschrift niet geïnteresseerd geweest in het beoordelen van de argumenten en de posities aan een bepaalde inhoudelijke morele standaard. Ik heb onderzocht of het debat de juiste vorm heeft. Mijn vertrekpunt was het formele juridische beginsel *audi alteram partem*. Dit beginsel schrijft het publiek, de oordelende instantie in debatten, voor om beide partijen te horen. Achter het beginsel gaan de waarden van een weloverwogen oordeel en een legitiem, voor de partijen aanvaardbaar besluit schuil. In hoofdstuk 4 heb ik van deze waarden drie kenmerken van een goed politiek debat afgeleid. Een goed politiek debat heb ik daar gedefinieerd als een bijeenkomst van partijen en een publiek, waarbij (a) de partijen deugdelijk beredeneren dat hun oordeel over een wetsvoorstel beter is dan dat van de andere partij, met het doel het publiek daarvan te overtuigen, en waarbij het publiek, nadat het de redeneringen van de partijen hoort, laat zien (b) dat het de andere overtuigingsmiddelen herkent en (c) dat het een weloverwogen oordeel over dat wetsvoorstel velt. In hoofdstuk 2 beweerde ik dat ik op zoek was naar formele kenmerken van een goed politiek debat. Heb ik dergelijke kenmerken gevonden?

Ik meen van wel. Niet alleen zijn ze afgeleid van waarden die schuilgaan achter een formeel rechtsbeginsel, ze betreffen ook slechts de vorm van een debat: de argumenten, de stellingen, de uitkomsten zijn niet aan een inhoudelijke maatstaf getoetst. Het is waar dat ik van de argumenten heb wel vastgesteld of ze aannemelijk zijn, maar ik heb daarbij niet het oordeel van de tegenstander als uitgangspunt genomen, maar dat van een twijfelende medestander (in het publiek). Dat heeft me in staat gesteld een behoorlijke argumentatie van de partijen te verlangen zonder inhoudelijke overeenstemming (wat neerkomt op een inhoudelijke maatstaf, zie hoofdstuk 2) te veronderstellen. De beginselen zijn dus qua afkomst en werking formeel te noemen.

Het is nu ook duidelijk geworden dat mijn kenmerken sterk verschillen van de formele eisen die wel vanuit het ideaal van de liberale democratie aan het politieke debat worden gesteld. In hoofdstuk 2 liet ik zien dat die eisen erop neerkomen dat de deelnemers aan een debat *vrij* moeten zijn om argumenten aan te voeren en posities in te nemen (binnen bepaalde inhoudelijke grenzen), *gelijk* moeten zijn in procedureel opzicht, in het *openbaar* moeten spreken en uitsluitend *argumenten* mogen gebruiken. In dat hoofdstuk beweerde ik al dat de eerste drie eisen van deze liberaal-democraten eenvoudig te vervullen



voorwaarden zijn voor een goed politiek debat (en nog geen kenmerken daarvan) en dat de vierde een onmogelijk te vervullen kenmerk is. Die bewering wordt door dit onderzoek geïllustreerd. De deelnemers aan het juridiseringsdebat zijn vrij geweest om wat dan ook te beweren, hadden gelijke mogelijkheden het woord te nemen en deden hun beweringen in het openbaar. Ook is duidelijk geworden dat de partijen naast argumenten ook andere overtuigingsmiddelen hebben ingezet. Om alleen al om de eerste drie eisen te zeggen dat het debat goed was en om alleen al om de vierde eis te beweren dat het niet goed was, gaat me veel te ver. Wat dat laatste betreft heb ik in hoofdstuk 4 beredeneerd dat het gebruik van wat ik maar even noem 'retorische' overtuigingsmiddelen het probleem niet is, maar het niet herkennen ervan door het publiek, de oordeelsvormende instantie. Ik meen dat we daarom dat als kenmerk van een goed debat moeten aanmerken, en niet het eerste.

Van tevoren was niet bekend of we iets over de kwaliteit van een debat kunnen vaststellen zonder te vertrekken vanuit een inhoudelijke maatstaf. Het vermoeden was misschien dat op een zo 'lege', procedurele basis niet veel interessants aan het licht kon komen. Dat vermoeden is meen ik niet uitgekomen. Het formele karakter van de kenmerken heeft niet betekend dat we bijna geen inzichten over het juridiseringsdebat hebben kunnen verkrijgen. Integendeel. Ik vat de bevindingen hieronder samen.

## 2 Een politiek debat?

De vraag in deze studie—heeft het debat over de juridisering van het openbaar bestuur de kenmerken van een goed debat?—veronderstelt al dat het juridiseringsdebat een politiek debat is. In hoofdstuk 3 heb ik geschat dat die veronderstelling houdbaar is. Nu het debat is beschreven, is het mogelijk deze schatting te controleren. Is het juridiseringsdebat inderdaad een politiek debat?

Een politiek debat heb ik gedefinieerd als een bijeenkomst van partijen en een publiek, waarbij de partijen bepleiten dat hun oordeel over een wetsvoorstel beter is dan dat van de andere partij, met het doel het publiek daarvan te overtuigen, en waarbij het publiek zich een oordeel over dat wetsvoorstel vormt, door de pleidooien van de partijen aan te horen of te lezen. In hoofdstuk 3 ben ik er vanuit gegaan dat het juridiseringsdebat bestaat uit twee met elkaar verbonden politieke debatten: één tussen bestuurders en rechtsgeleerden ten overstaan van het kabinet en één tussen het kabinet en die leden van de kamercommissies die het kabinetsstandpunt steunen enerzijds en die leden van de kamercommissies die het kabinetsstandpunt bekritiseren anderzijds ten overstaan van de kamercommissies.

Tussen bestuurders, rechtsgeleerden en het kabinet is volgens mij sprake van een debat. De retoriek van de partijen en het publiek suggereert weliswaar dat de partijen geen partij zijn en het publiek geen publiek en dat er dus ook geen sprake is van een debat, maar als ik de definitie toepas op de feiten, blijkt wel degelijk dat er gedebatteerd wordt.

De bestuurders bepleiten immers het oordeel dat hun voorstel om de Awb te wijzigen, beter is dan het oordeel van de rechtsgeleerden om dat niet te doen, omdat ze het eigen oordeel onderbouwen en het oordeel van de rechtsgeleerden aanvallen. En de rechtsgeleerden beweren dat hun oordeel om de Awb niet te wijzigen beter is dan het oordeel van de bestuurders om dat wel te doen, omdat ook zij het eigen oordeel onderbouwen en dat van de bestuurders aanvallen (tegelijkertijd zelfs, omdat deze handelingen samenvallen).

Beide partijen lijken ook het doel na te streven het kabinet van hun oordeel te overtuigen. De bestuurders bieden *Bestuur in geding* aan de minister van Binnenlandse Zaken aan. De rechtsgeleerden lijken, op enkele uitzonderingen na, te pleiten voor een hen nog niet goedgezind publiek. Dat ze het kabinet van hun oordeel proberen te overtuigen, valt nergens expliciet uit af te leiden. Er is wel *circumstantial evidence*: de rechtsgeleerden vrezen de politieke invloed van Van Kemenade c.s., ze reageren èn in groten getale èn met veel felheid op *Bestuur in geding* en bovendien is het kabinet het meest logische publiek, omdat het kabinet het rapport van de bestuurders kan omzetten in wetsvoorstellen.

Het kabinet vormt zich een oordeel over juridisering. Het oordeel is te reconstrueren aan de hand van het kabinetsstandpunt. Dat het kabinet zich een oordeel heeft gevormd door de pleidooien van de partijen te bestuderen, is zeer waarschijnlijk. Er wordt aangesloten bij *Bestuur in geding* of bij de standpunten van rechtsgeleerde critici van dat rapport. Dat het kabinet niet laat zien dat het oordeel tot stand komt op basis van een afweging van redeneringen, neemt niet weg dat er een oordeel is gevormd (weloverwogen of niet) door naar de pleidooien te luisteren.

Dat er over een wetsvoorstel—in de ruime betekenis van een voornemen algemeen verbindende voorschriften te veranderen—wordt gedebatteerd, lijkt me ook duidelijk. Al met al wordt dus voldaan aan de definitie, zodat er tussen bestuurders, rechtsgeleerden en kabinet sprake is van een politiek debat.

Er is denk ik geen sprake van een tweede debat ten overstaan van de vaste commissies voor Binnenlandse Zaken en Justitie. Het kabinet onderbouwt zijn oordeel zoals dat is neergelegd in het kabinetsstandpunt wel, maar beweert niet dat zijn oordeel *beter* is dan dat van de andere partij. Dat kan ook niet, want een andere partij is er niet. Er zijn wel commissieleden die een proefballonnetje oplaten of enkele kritiekpuntjes naar voren brengen, maar er is geen sprake van een pleidooi dat een alternatief oordeel beter is dan het oordeel van het kabinet. Er lijkt wel sprake te zijn van oordeelsvorming over het kabinetsstandpunt, maar die wordt niet gevoed door te luisteren naar de pleidooien van partijen, omdat er maar één partij is—en één partij is eigenlijk geen partij.

Ik trek hier dus de conclusie dat het juridiseringsdebat niet bestaat uit twee met elkaar verbonden politieke debatten, maar dat er sprake is van één politiek debat, tussen bestuurders en rechtsgeleerden, vóór het kabinet. Hoe de bijeenkomst van de kamercommissies en de ministers van Binnenlandse Zaken en Justitie precies gekwalificeerd moet worden, is niet duidelijk, maar het is wel duidelijk dat het geen politiek debat is zoals ik dat in hoofdstuk 3 heb



gedefinieerd. Als die bijeenkomst geen politiek debat is, is het onmiddellijk onmogelijk geworden om de vraag te beantwoorden of die bijeenkomst een goed politiek debat is. Die vraag beantwoord ik dus niet.

### 3 Een goed politiek debat?

Heeft het juridiseringsdebat de kenmerken van een goed politiek debat? Dit is de vraag van deze studie. Een goed politiek debat heb ik daar gedefinieerd als een bijeenkomst van partijen en een publiek, waarbij (a) de partijen deugdelijk beredeneren dat hun oordeel over een wetsvoorstel beter is dan dat van de andere partij, met het doel het publiek daarvan te overtuigen, en waarbij het publiek, nadat het de redeneringen van de partijen hoort, laat zien (b) dat het de andere overtuigingsmiddelen herkent en (c) dat het zich een weloverwogen oordeel over dat wetsvoorstel vormt. Heeft het juridiseringsdebat deze kenmerken?

#### 3.1 *Deugdelijke redeneringen?*

In paragraaf 4.1 van hoofdstuk 6 heb ik geconcludeerd dat de bestuurders het oordeel dat hun wetsvoorstel moet worden aangenomen niet deugdelijk hebben beredeneerd. Het probleem was niet dat hun hoofdredenering niet als geldig kon worden gereconstrueerd. De bestuurders hebben aangevoerd (a) dat er sprake is van juridisering, (b) dat juridisering een probleem is, (c) dat het wetsvoorstel dat zij doen juridisering effectief vermindert, (d) terwijl er geen grote nadelen aan kleven (het is efficiënt) en dat daarom (oordeel) het wetsvoorstel moet worden aangenomen. De redeneerstructuur is onmiskenbaar nevenschikkend. Dat betekent dat als één argument niet aannemelijk is, meteen de aannemelijkheid van de conclusie wegvalt. Als er bijvoorbeeld geen sprake is van juridisering, dan moet het wetsvoorstel al niet worden aangenomen, en dat is ook zo wanneer het wel bestaat, maar geen probleem is, en ook wanneer het wel bestaat en een probleem is maar niet effectief door het wetsvoorstel wordt opgelost, etcetera.

Het probleem met het betoog van de bestuurders is dus niet dat het niet te reconstrueren valt als een geldige redenering. Het probleem is dat twee van de vier hoofdargumenten (of tussenconclusies) niet als aannemelijk konden worden beschouwd. De bestuurders hebben niet aannemelijk gemaakt dat de rechter daadwerkelijk op de stoel zit van het bestuur (een onderdeel van argument a) en dat enkele van de maatregelen de rechtsbescherming van burgers niet aantasten (een onderdeel van argument d). In concreto betekent dit dat de meest controversiële elementen van het bestuurlijke betoog niet aannemelijk zijn gemaakt. Alleen die elementen die door weinigen zullen worden aangevallen, zijn deugdelijk beredeneerd. De redenering als geheel beschouwd is echter ondeugdelijk. Ook de bestuurlijke aanval en verdediging heb ik in paragraaf 3.2 van hoofdstuk 7 als ondeugdelijk bestempeld. De bestuurders argumenteerden ook hier nevenschikkend, vanwege een meervoudige aanval/onderbouwing van de rechtsgeleerden, en ook hier waren niet alle argumenten die ter

verdediging/aanval waren aangevoerd aannemelijk. Bovendien kan men twijfelen aan de geldigheid van de verdediging/aanval van de bestuurders, nu ze nergens expliciteren tegen welke redenering ze zich *precies* verzetten. Ook al was de onderbouwing van de bestuurders deugdelijk (wat niet zo is), nu ze het oordeel van de rechtsgeleerden ondeugdelijk hebben aangevallen/zich ondeugdelijk tegen hun aanval hebben verdedigd, hebben de bestuurders *niet* deugdelijk beredeneerd dat hun oordeel *beter* is dan dat van de rechtsgeleerden.

De rechtsgeleerden hebben het met een meervoudige redeneerstructuur (waarbij aanval en onderbouwing samenvallen) gemakkelijker. Zij beweerden, contra de bestuurders, (a) dat er geen sprake is van juridisering in die zin dat de rechter niet op de stoel van het bestuur zit, (b) dat, voor zover dat toch voorkomt, het geen probleem is, (c) dat de maatregelen van de bestuurders niet effectief zijn (d) en ook niet efficiënt, en dat dus (oordeel) het wetsvoorstel van de bestuurders niet moet worden aangenomen. Elk van de aangevoerde argumenten heb ik als aannemelijk beoordeeld in paragraaf 3.1 van hoofdstuk 7, zodat de rechtsgeleerden deugdelijk hebben beredeneerd dat hun oordeel beter is dan dat van de bestuurders. Maar omdat de bestuurders dat niet hebben gedaan, heeft het debat niet als kenmerk dat de *partijen* deugdelijk beredeneren dat hun oordeel beter is dan dat van de andere partij.

### 3.2 *Herkent het publiek de retoriek van de partijen?*

De rode lijn in zowel de retoriek van de bestuurders als die van de rechtsgeleerden is dat zij geen partij zijn. Dat is, als zij niet wordt doorgrond, een sterke overredingstechniek. Als de Commissie Van Kemenade inderdaad een commissie is—en niet ontmaskerd wordt als ‘bestuurdersclub’—, dan voelt het kabinet niet de drang de andere kant te horen. En als de rechtsgeleerden gezien worden als ‘deskundigen’ in plaats van als partij, dan hoeft hun commentaar niet ter discussie te staan—het is immers geen mening maar een analyse van hoe het *is*? In paragraaf 2.1 van hoofdstuk 8 heb ik al geconcludeerd dat het kabinet niet laat zien dat het de retoriek van de partijen doorziet. Het kabinet rept in zijn notitie niet van een debat en niet van partijen en wekt de indruk dat er over de belangrijkste kwesties consensus heerst.

### 3.3 *Neemt het publiek een weloverwogen oordeel?*

Uit paragraaf 2.2 van hoofdstuk 8 blijkt dat het kabinet niet laat zien dat het de argumenten van de bestuurders en de rechtsgeleerden afweegt. Die conclusie is gezien hetgeen zojuist is vastgesteld uiteraard geen verrassing. Het kabinetsstandpunt lijkt te suggereren dat er geen partijen zijn en dus dat er geen debat heeft plaatsgevonden. Hoe zou het kabinet dan argumenten kunnen afwegen?



### 3.4 Conclusie

De vraag of het juridiseringsdebat de kenmerken heeft van een goed politiek debat—de vraag die in dit proefschrift centraal staat—beantwoord ik dus ontkennend. Het juridiseringsdebat heeft *geen* van de drie kenmerken van een goed debat. De partijen beredeneren niet deugdelijk dat hun oordeel over het wetsvoorstel beter is dan dat van de andere partij—dat doet slechts één partij—, en het publiek laat niet zien dat het de retoriek van de partijen herkent en de redeneringen van de partijen afweegt.

## 4 Enkele opmerkingen over de verklaring van de gevonden kwaliteit

Het onderzoek is niet gericht geweest op het controleerbaar vaststellen van de oorzaken van de kwaliteit van het juridiseringsdebat. Het doel van het onderzoek is immers niet geweest de kwaliteit van het debat te verklaren maar die vast te stellen. Om de lage kwaliteit van het juridiseringsdebat te verklaren, zou eerst moeten worden bepaald of de deelnemers niet meer *inspanning* wilden leveren of dat ze eenvoudig niet het *vermogen* hadden beter te debatteren. (Uiteraard is het ook mogelijk dat ze niet wilden en niet konden.) Vervolgens zou dan onderzocht moeten worden wat de oorzaken zijn van het niet willen en/of het niet kunnen. Dat is in dit onderzoek allemaal niet gebeurd. In het onderhavige onderzoek zijn echter wel op enkele momenten de volgende inzichten over mogelijke oorzaken aan het licht gekomen.

### 4.1 Niet goed willen debatteren omdat de oordelen al zijn gevormd?

Politiciologen hebben duidelijk gemaakt dat wanneer het politieke debat in de plenaire zaal van de Tweede Kamer is aanbeland, de oordelen van het publiek vaak al vastliggen, omdat de parlementariërs hun oordelen meestal al vormen als het debat zich in de media afspeelt, in het fractieberaad of in de commissievergaderingen. Het is mogelijk dat debatten in de plenaire zaal een lage kwaliteit hebben, omdat de deelnemers inzien dat hun inspanningen er toch niet meer toe doen en daarom niet meer de *wil* hebben zo goed mogelijk te debatteren.

Het juridiseringsdebat zoals ik dat heb afgebakend bestrijkt echter alleen die fase van de oordeelsvorming waarin verwacht mag worden dat de oordelen van het publiek nog veranderd worden. Er is dus geen reden om aan te nemen dat de partijen meenden dat deugdelijk redeneren geen zin meer heeft, omdat het publiek zijn mening toch al zou hebben bepaald. Uit de beschrijving van de losse opmerkingen tijdens begrotingsbehandelingen in de Tweede en de Eerste Kamer van de Staten-Generaal blijkt juist dat het tot de verschijning van het kabinetsstandpunt onzeker is wat de positie van het kabinet is. Ik denk dat deze onzekerheid eerder een positief dan een negatief effect heeft gehad op de kwaliteit van het debat.

#### 4.2 *Niet goed kunnen debatteren omdat de partijen elkaar misverstaan?*

Het is ook mogelijk te denken dat de partijen zó verschillende perspectieven op juridisering innemen, dat gemakkelijk misverstanden tussen de partijen ontstaan, waardoor de kans kleiner wordt dat partijen erin slagen deugdelijk te beredeneren dat hun oordeel beter is dan dat van de andere partij. Hoewel bestuurskundigen uit de resultaten van een enquête de conclusie trekken dat bestuurders en rechters *in de praktijk* verschillende gezichtspunten op juridisering innemen, blijkt uit de metafooranalyse in dit proefschrift dat er *in het debat* geen groot perspectiefverschil bestaat. De partijen gebruiken grotendeels dezelfde metaforen. Die metaforen vormen een gemeenschappelijk vocabulaire dat de partijen in staat stelt elkaar te begrijpen.

De analyse van de argumentaties brengt ook aan het licht dat de partijen elkaar doorgaans begrijpen. Er kunnen wel enkele niet zo succesvolle “discussies” wordenesignaleerd—denk aan die tussen Van Kemenade en Van der Heijden—maar die zijn niet karakteristiek voor het juridiseringsdebat.

#### 4.3 *Conclusie*

Omdat we ons niet eens hoeven af te vragen of de deelnemers aan het juridiseringsdebat überhaupt wel kunnen redeneren—het lijkt me dat bestuurders, rechters, docenten rechtsgeleerdheid en politici die vaardigheid dagelijks oefenen—, lijkt de conclusie onvermijdelijk dat er geen reden is te twifelen aan het vermogen of de vaardigheid van de betrokkenen te redeneren of te debatteren. De lage kwaliteit van het juridiseringsdebat moet daarom wel afhangen van onvoldoende inspanningen van de deelnemers aan dat debat. Waarom de deelnemers onvoldoende inspanningen hebben geleverd, kan op basis van het onderzoek niet worden bepaald. De verklaring dat de inspanningen niet meer nodig waren, omdat de oordelen van het publiek al vastlagen, lijkt echter niet sterk.

### 5 **De doelen van de studie**

Met het onderzoek heb ik een begin gemaakt met het verzamelen van kennis over de formele kwaliteit van het politieke debat in Nederland. Ik hoop dat het onderzoek het nadenken over de kwaliteit van het politieke debat stimuleert.

#### 5.1 *De kwaliteit van het politieke debat in Nederland*

Wat weten we over de kwaliteit van het politieke debat in Nederland nu is vastgesteld dat de kwaliteit van het juridiseringsdebat laag is? Het zal duidelijk zijn dat we daar niets *zeker* over weten. Het is wel mogelijk om op basis van dit onderzoek te *schatten* of het politieke debat in Nederland een hoge of een lage kwaliteit heeft. Ik vrees echter dat er geen reden is de formele kwaliteit van het Nederlandse politieke debat hoog in te schatten, en wel omdat de kwaliteit van



het juridiseringsdebat zo *tegenvalt*. De kwaliteit is laag, terwijl de voortekenen gunstig waren: er nemen hooggekwalificeerde deelnemers aan het debat deel die beroepshalve in redeneren zouden moeten excelleren en die onzeker zijn over het oordeel van het publiek.

Misschien nog wel belangrijker is dat dit onderzoek ons ook in staat stelt de kwaliteit van concrete politieke debatten wat beter in te schatten, omdat we nu weten welke *kenmerken* een goed politiek debat heeft. Uiteraard is het niet mogelijk snel te observeren of een politiek debat die kenmerken heeft, maar er zit nog wel een groot verschil tussen snel observeren en heel precies bestuderen. Een journalist zal aan de hand van de kenmerken een verdedigbare schatting van de kwaliteit van een politiek debat kunnen maken, vooropgesteld dat die journalist argumenten en retoriek herkent. En het is misschien niet te idealistisch om te denken dat het verspreiden van de kenmerken van een goed debat onder wetenschappers, journalisten, kritische burgers en *politici* een bijdrage kan leveren aan de kwaliteit van het politieke debat in Nederland.

## 5.2 *Nadenken over de kwaliteit van het politieke debat*

Hoewel ik met dit proefschrift het nadenken van *anderen* over de kwaliteit van het politieke debat wens te bevorderen, en ik hier dus niet kan nagaan in hoeverre dat doel bereikt is, is het misschien toch goed om stil te staan bij twee van de vragen die het onderzoek bij *mij* heeft opgeroepen.

De meest fundamentele vraag is wellicht of debat wel het meest geschikte model is om politieke communicatie te bestuderen. Die vraag komt niet alleen op door de retoriek van partijen en publiek geen partij respectievelijk geen publiek te zijn (zouden ze dan werkelijk menen dat ze niet aan het debatteren zijn?), maar ook door die bijdragen aan het juridiseringsdebat die onmogelijk gereconstrueerd kunnen worden als bijdragen aan een politiek debat.

In de eerste plaats lijken sommige deelnemers aan het juridiseringsdebat zich tevreden te stellen met het uiten van hun mening op nogal grove en ongenueanceerde wijze. Hoe moeten deze bijdragen worden begrepen? Spreken deze deelnemers voor een eigen, klein, partijdig, publiek of voor een deel van het parlement of is overtuigen door middel van argumenteren al niet meer de taak die deze partijen zich stellen? Is debat geen vruchtbaar concept of model waarmee politiek kan worden begrepen? Hoe moet politieke communicatie dan wel worden begrepen? Welk spel spelen burgers en politici in Nederland wanneer zij hun mening geven zonder ook maar te proberen anderen daarvan te overtuigen?

In de tweede plaats vindt er tijdens de commissievergaderingen geen debat plaats. Er wordt over en weer wel wat gesproken, maar van het onderbouwen, aanvallen en verdedigen van oordelen is geen sprake. Het kabinet en de commissieleden spelen niet de rollen van partij en publiek. Hoe kan hetgeen deze politici doen dan worden beschreven? Voeren ze een gesprek? Is het ook mogelijk om zoiets informeels als een gesprek uitsluitend formeel te beoordelen?

Een andere vraag is hoe in de beschrijving en beoordeling van politieke debatten rekening kan worden gehouden met de omstandigheid dat deelnemers aan die debatten haast altijd twee rollen vervullen, die van partij en publiek. Het kabinet hoort parlementariërs en anderen voor veranderingen in het recht pleiten en is dus publiek omdat het wetsvoorstellen aan het parlement kan doen. Maar het parlement hoort het kabinet zodat het kabinet voor het parlement partij is. In onze democratie is dat althans de bedoeling. Maar zijn de leden van het parlement niet ook partij wanneer zij een ander oordeel over kabinetsplannen beredeneren? In elk geval zijn zij publiek voor zover zij de oordelen over de kabinetsplannen wikken en wegen. Wat zijn de consequenties voor de dubbele rollen in politieke debatten bij het kabinet en het parlement voor de kwaliteit van dat debat?

## 6 Politieke debatten formaliseren

Wanneer partijen niet de rol spelen van partij en het publiek niet de rol speelt van publiek, dan heeft dat vermoedelijk een kwaliteitsverlagend effect. De rollen van partij en publiek stellen eisen aan de prestaties van deelnemers aan de politiek. Dat is in dit proefschrift wel gebleken: partijen moeten deugdelijk beredeneren dat hun oordeel over een wetsvoorstel beter is dan het oordeel van andere partijen. En het publiek moet laten zien dat het de retoriek doorziet en dat het wikt en weegt tussen de redeneringen van de partijen. Wanneer politici en andere deelnemers aan het politieke debat succesvol weten te suggereren dat ze noch partij noch publiek zijn, dan bereiken ze daarmee dat anderen hun prestaties ook niet toetsen aan die rollen. En dat maakt het weer mogelijk weg te komen met een minder goede redeneerprestatie. Het ontlopen van de rol die politici en anderen in politieke debatten behoren te spelen, heeft vermoedelijk dus een kwaliteitsverlagend effect. Het vasthouden aan de vorm van een debat, aan de rollen die uit de vorm van een debat zijn af te leiden, zal daarentegen waarschijnlijk prestatieverhogend werken.

Op basis van dit proefschrift kan daarom de algemene aanbeveling worden gedaan om politieke debatten meer te *formaliseren*. Voor debatten die zich afspelen in tijdschriften en kranten en tijdens televisieprogramma's is dat natuurlijk niet eenvoudig. Maar misschien is het verstandig om telkens bij een belangrijk thema de Tweede Kamer een 'voorzitter van het politieke debat' in te laten stellen, die de rolverdeling in het debat bewaakt, eventuele misverstanden opheldert en partijen het woord geeft die over het hoofd worden gezien. Die voorzitter zou dan contacten moeten leggen met televisieprogramma's, tijdschriftredacties en uiteraard met kamerleden en bewindspersonen.

Debatten die al enigszins geformaliseerd zijn, kunnen eenvoudiger worden verbeterd. Om te beginnen is het beter om een mondeling overleg te houden dan een schriftelijk overleg. We hebben gezien in hoofdstuk 9 dat bij een schriftelijk overleg de antwoorder te sterk staat. Het publiek dat vragen stelt, kan niet ingrijpen als vragen worden ontweken of gebagatelliseerd. Mondelinge vormen van overleg zijn te prefereren, omdat het publiek daar kan doorvragen.



Het is ook beter om telkens één vrager en één antwoorder tegenoverelkaar te plaatsen. Bij het beantwoorden van een hele reeks vragen, kan de antwoorder vragen weer voor hem of haar gunstig interpreteren en rangschikken. Het zou ook beter zijn dat de vragen niet door fracties worden opgesteld, maar door de commissie als geheel, of, als de meningen sterk verdeeld zijn, door de fracties die voorlopig vóór en de fracties die voorlopig tégen het wetsvoorstel van de minister zijn. Dan worden de krachten gebundeld, zodat betere, scherpere vragen kunnen worden gesteld.

De kwaliteit van debatten zou wellicht ook verhoogd kunnen worden wanneer in de Reglementen van Orde van de Eerste en Tweede Kamer der Staten-Generaal nadruk zou worden gelegd op de rollen van partij en publiek. In deze Reglementen komen nu begrippen als 'overleg' en 'beraadslaging' voor, terwijl het beter zou zijn dit soort vormen van communicatie preciezer te omschrijven en rollen aan de deelnemers toe te wijzen. Het moet duidelijker worden dat een minister zijn voorstel onderbouwt en verdedigt en dat parlementariërs het voorstel aanvallen en met alternatieve voorstellen komen en uiteindelijk moeten beoordelen of zij door de verdediging van de bewindspersoon overtuigd zijn geraakt van de wenselijkheid van zijn voorstel of van dat van het alternatieve voorstel.

In het bestek van dit proefschrift is het niet mogelijk precieze aanbevelingen te geven. Het onderzoek is daar niet op ingericht. Het doel van het onderzoek was inzicht te verkrijgen in de formele kwaliteit van politieke debatten en het nadenken over politieke debatten te bevorderen. Aan die doelen heb ik bijgedragen door van één compleet politiek debat te onderzoeken of het de kenmerken heeft van een goed politiek debat. De uitkomst was dat het debat geen van die kenmerken heeft. Maar het is niet die uitkomst die inzichten in de kwaliteit van politieke debatten oplevert, maar de manier waarop die uitkomst is bereikt.

# Summary

## Introduction

In parliaments all over the world, politicians deliberate about proposals for new legislation almost every day. However, it is not only politicians who discuss bills, also ordinary citizens have and argue their opinions about them, especially when a bill concerns their lives directly. Political debates are held, not only in parliaments, but also on television, the radio and the internet, in newspapers, magazines and journals. Despite this 'omnipresence' of political debate, there is no systematic research that we can rely on when we are interested in the *quality* of a debate. Not only do we not know for certain whether the quality of a particular political debate was high or low, we do not even know how to recognize a good political debate. We are not certain about what characterizes a good political debate.

It is important that political debates are analysed by academics, because it matters whether political debates are good or not. A good political debate does not automatically result in a statute that all will support, but (1) it is likely to result in a statute based on a judgement that all parties can at least view as *well considered*, because the arguments on all 'sides' were weighed carefully, and (2) it is likely to result in a statute that all can at least *accept*, because all sides were heard, which is fair. So, good political debates seem to result in, on the one hand, well-considered judgements about statutes and, on the other hand, in acceptable statutes.

In this study, I try to answer, step by step, the question whether a particular political debate in the Netherlands has the characteristics of a good political debate; 'step by step', because in order to find the answer to this question, several other questions have to be answered: What is a debate? (Chapter 3) What is a political debate? (Chapter 3) What are the characteristics of a good political debate? (Chapters 4 and 5) Only after these questions have been answered, can be determined whether the debate mentioned has the characteristics of a good debate.

## A formal point of view

Before answering the questions mentioned above, the point of departure of this study needs to be explained. What distinguishes my approach from other approaches? In chapter 2, my research is contrasted with the approach taken by most contemporary political theorists or philosophers interested in political debate. Most political theorists or philosophers approach political debates from a point of view that could be called 'democratic' or 'liberal'. In chapter 2, it is shown that from this point of view primarily substantial characteristics of good



political debates are deducted. John Rawls, for example, stresses that the parties in a political debate need to keep within the bounds of 'public reason', that is, they must not question—but instead justify their proposals by referring to—the fundamentals of a liberal-democratic welfare state. Religious fundamentalists, libertarians, communists and aristocrats, to mention but a few political rivals, are not allowed to defend in the official political arena the kind of political community they regard as ideal. So Rawls's concept of public reason forces us to focus our attention on the content or substance of positions and arguments.

The approach of the so-called 'deliberative democrats' is to a large extent similar to that of Rawlsian liberals, for they argue that parties to a debate should restrict themselves to arguments that the other parties can accept. Next, they assume that all parties can at least accept the conditions or values of a liberal democratic state. However, deliberative democrats also define some 'ideal' features of political deliberation that do not regard content but procedure or form: parties are free to introduce new topics, they have equal positions and opportunities, they speak in public and they use only what the German philosopher Jürgen Habermas called 'the force of the better argument' (they do not, for example, threaten the other parties and they do not use rhetoric to persuade the other parties). The first three of these requirements do not really constitute characteristics of a good political debate; they are conditions that must at least be fulfilled to call a political debate good. When these requirements are met in a certain debate, the debate is not necessarily good. So, the requirements really constitute conditions for and not features or characteristics of good political debates. The fourth requirement ('the force of the better argument') constitutes a characteristic, but real political debates almost never have this characteristic, for politicians and others use rhetoric practically all the time (still we do not think that this means that all political debates are bad): so this feature cannot help us separate good debates from bad ones.

The approach taken in this study is different from the liberal and democratic approaches mentioned above. First, it is different because it starts from a strictly procedural point of view. A substantive approach has limited applicability: only in political societies where all citizens have the same fundamental political values can that approach be taken, otherwise the researcher simply *joins* the political debate. Second, the substantive approaches mentioned above focus almost automatically on the content of individual arguments, whereas I am interested in the formal characteristics of a political debate as a whole.

What is needed here is a procedural value that is widely applicable and that prescribes a certain form or model of a debate. The principle of hearing both sides, of *audi (et) alteram partem* (hear (also) the other side), constitutes this value. It is procedural—records of its application go back to at least ancient Greece—and it gives debate a certain form: the audience or 'judge' in a debate hears the parties before pronouncing a judgement.

The consequence of taking this procedural or formal point of view is that most contemporary philosophical research on political debate and discussion cannot be used in this study, for contemporary political philosophers

interested in the topic of debate almost always start from liberal or democratic values. In this study, mainly research into argumentation and classical rhetoric is used.

## A political debate

In chapter 3, the questions stated at the end of the introduction are discussed. First, the term ‘political debate’ is defined. On the basis of the principle of *audi alteram partem*, we can deduce the difference between, on the one hand, the ‘hearers’ or listeners or audience and, on the other hand, the ‘sides’ or parties in a debate. The parties have different opinions about what happened or about what to do (according to Aristotle, the typically legal and political questions), and the audience has to judge, after hearing both sides, what happened or what to do, respectively. A debate is sometimes described as a way of reaching a decision, but I think it is better described as a way of forming an opinion or making a judgement. A debate sometimes (though not always!) precedes a decision-making process, for example, a debate about a bill precedes the voting on that bill and a debate between presidential candidates precedes the election of the president. The idea is that, for example in the legislative process, votes are cast after opinions have been formed—and we form opinions or judgements by listening to parties that argue for different, sometimes contrary opinions. The parties try to convince the audience not only by presenting arguments for their positions, but also by attacking the opponents’ opinions and arguments, and by defending their positions against their opponents’ attacks. So, a debate is here defined as a meeting of parties and an audience where each of the parties argues that its opinion is better than the opinions of the other parties, in order to convince the audience of that claim, and where the audience forms an opinion by hearing the parties. A political debate is here defined as a debate about a bill, a debate about a proposal to amend existing law or to introduce new law. A political debate is viewed in this study as the opinion-forming stage in the legislative process. It precedes the decision-making stage, the stage in which the definitive opinions of the Members of Parliament (the audience) are expressed and counted. The decision about the bill is the opinion the majority has about the bill.

## Three features of a good political debate

The features of a good political debate can be found as follows. First, we ask what the point or reason or end is of our principle of *audi alteram partem*. Why is it so important that an audience hears all sides? Next, we ask what a debate must look like in order to reach that end. In chapter 4, for *audi alteram partem* two reasons are given: (1) an audience that carefully hears both sides is more likely to reach a wise or well-considered opinion and (2) the parties have more reason to accept the eventual outcome of the debate (the majority opinion in a



political debate: the decision about the bill), because they were treated fairly, equally, for they were all heard. So a good political debate is a debate that leads to a well-considered judgement (by the audience) and a decision about a bill that is accepted (by the parties). How should a debate be structured in order that these ends are attained?

In order to arrive at a well-considered or rational opinion about a bill, it is necessary that the parties argue *soundly* that their opinions are better than those of the other parties and that the audience forms an opinion by *weighing* the reasons parties give for their opinions. In chapter 5, the conclusions are drawn that parties argue soundly when they present sufficient relevant and acceptable reasons for the claim that their opinion is superior to the other opinion(s). Because a debate is a kind of contest among parties, i.e. the parties claim that their opinions are *better* than the opinions the other parties propose, it is not sufficient for a party to give the audience reasons that only support its own opinion. A party must also attack the other opinions and defend its opinion against attacks from other parties. The audience has to weigh the parties' reasoning; it is to base its opinion on a sound weighing of the parties' reasons.

Above it was stated that the parties in a political debate are more likely to accept the outcome of a debate when they were fairly heard. It may be good to compare a political debate with other contests, for example a soccer match. A soccer match can be viewed as a test of soccer skills: the idea is that the team that excels in these skills will win the match. A match is a fair test when the referee punishes all the players who break the rules of the game. When he does not do this adequately, the team that ultimately wins may very well be the team that does not excel in soccer skills. In a debate, the ability to reason is tested. The idea is that the opinion that is best argued for (according to the audience) becomes the opinion of the audience. Using other skills—'rhetorical' skills they are sometimes called—in a debate is qualified as breaking the rules of *this* game. A debate can be called fair when the audience recognizes the use of rhetorical skills by the parties, for when rhetorical ways of persuasion are recognized by the audience, they no longer have effect on the audience. When rhetoric is not recognized, the party that wins the debate may very well be the party that is best at using rhetoric and not the party that is best at reasoning. But not only must the audience recognize the rhetoric used by the parties, it must also *show* the parties that it recognizes the rhetoric. And it must *show* that it weighs the arguments of both parties, for only then the parties may *know* the debate was fair, that their arguments were heard. The parties' awareness thereof will promote their acceptance of the outcome of the debate.

So, to summarize, three features of a good political debate are distinguished. A good political debate is a meeting of parties and an audience at which (a) the parties reason soundly that their opinions are better than those of the other parties, in order to convince the audience of that claim, and where the audience (b) shows that it forms a well-considered judgement by weighing the parties' arguments and (c) shows that it recognizes rhetoric when used.

## The formal quality of the political debate about the 'juridification' of local government

In 1997 a number of mayors and administrators of provinces in the Netherlands argued for a series of changes in the so-called *Algemene wet bestuursrecht* (General Administrative Law Act). These local administrators thought that the Act, which entered into force in 1994, obstructed the efficient execution of government policies and that it interfered with the separation of powers doctrine. They argued that local governments were increasingly involved in lawsuits and that judges had far too much say in the policies that local governments should or should not adopt. The amendments in the General Administrative Law Act they proposed aim to simplify and reduce the duration of judicial proceedings in the area of administrative law and to diminish the influence of judges on matters of policy.

The administrators' proposal, entitled *Bestuur in geding* ('Governance On Trial'), was severely criticized by law professors, lawyers and judges. These critics stressed that the proposal obstructed the proper rule of law. They said that judges do not interfere with policy issues at all; they just declare some policy decisions illegal. They must do that when decisions are unlawful. The lawyers granted the administrators only that certain judicial procedures could be streamlined to make government policy more efficient and effective.

The Dutch government, the 'audience' or 'judge' in this political debate, in 1998 declared that it intended to adopt parts of the local administrators' proposal—just the uncontroversial parts, the parts the lawyers had not criticized. The government's plan to adopt part of the local administrators' proposal was then 'discussed' by a parliamentary committee, but it turned out, as is discussed in chapter 9, that this 'discussion' was not a debate as defined above, for no one on the committee opposed the plan, so there were no parties—thus, this stage does not qualify as a debate.

Does this debate about the General Administrative Law Act, between the local administrators and the lawyers, before the Dutch government, "the audience" in this debate, qualify as a good political debate? The research indicates that the answer must be in the negative. The debate has none of the above-mentioned three features of a good debate.

(a) The reasons the local administrators gave for their plans are not all acceptable (chapter 6). In chapter 7 it is shown that they did not defend their position properly against the lawyers' attacks either. The conclusion of that chapter is that the lawyers did give sufficient relevant and acceptable reasons for their position. So, the debate as a whole does not have the first characteristic, for not all (in this case, both) parties argued soundly that their opinions were superior to those of the other party.

(b) The debate does not have the second feature either. The outcome of chapter 8 is that the Dutch government did not show that it formed an opinion by weighing the reasons the parties gave for their opposing opinions. This 'audience' not even suggested in its 1998 announcement that it took sides in the debate. The debate between the local administrators and the lawyers is not even



represented as a debate, which could be a very ingenious rhetorical technique, for it enabled the government to chose a side without weighing the parties' reasons.

(c) The suggestion that no debate had taken place may also be the result of both parties' use of rhetorical skills, for the administrators seem to suggest that 'Government On Trial' was a kind of independent research report (and not a party's statement) and the lawyers seem to suggest that their criticism constituted an expert judgement. In the government's 1998 announcement, no evidence can be found that the government recognized these rhetorical techniques.

The conclusion (chapter 10) is that the debate shows none of the three features of a good political debate. The doctoral thesis is concluded with some remarks or 'lessons'. One of these remarks concerns the fact that the research seems to show that it is possible to distinguish features with which to establish the formal quality of political debates. Of course it is true that only after many more debates have been studied, it will be possible to establish carefully the formal quality of a country's political debate in a certain time frame. Another remark concerns the idea that it seems worthwhile to improve the quality of political debate by 'formalizing' debates, for example by clearly defining and ascribing to participants the roles of party and audience. For if it is not clear who is 'party' and who is 'judge', participants are more likely to get away with performance that does not meet the standards of these roles. When all participants in a debate know what they and all the others must do, this may constitute a strong incentive to improve their performance, for they will be aware that the others will judge their performance by the standards of their roles.

## Literatuur

Allewijn 1997

D. Allewijn, “De regels zijn er voor jou en niet andersom” in: *NTB* 97/1, pp. 17-22

Allewijn en Brenninkmeijer 1997

Dick Allewijn en Alex Brenninkmeijer, “Ook de overheid moet zich aan de rechtsregels houden” in: *NRC Handelsblad*, 14 november 1997

Andeweg 1991

R.B. Andeweg, “Volksvertegenwoordiging en regering” in: J.J.A. Thomassen (red.), *Hedendaagse democratie*, Samsom H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn 1991, pp. 231-250

Arendt 1958

Hannah Arendt, *The Human Condition*, University of Chicago Press, Chicago en London 1958

Arentsen en Lulofs 1989

M.J. Arentsen en K.R.D. Lulofs, “Het bepalen van overheidsbeleid” in: A. Hoogerwerf (red.), *Overheidsbeleid: een inleiding in de beleidswetenschap*, vierde, geheel herziene druk, Samsom H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn 1989, pp. 131-147

Aristoteles 1999

Aristoteles, *Ethica*, *Ethica Nicomachea* vertaald, ingeleid en van aantekeningen voorzien door Christine Pannier en Jean Verhaeghe, Historische Uitgeverij, Groningen 1999

Aristoteles 2004

Aristoteles, *Retorica*, vertaald, ingeleid en van aantekeningen voorzien door Marc Huys, Historische Uitgeverij, Groningen 2004

Aristotle 1926

Aristotle, *The “Art” of Rhetoric*, with an English translation by John Henry Freese, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts etc 1926



Aristotie 1998

Aristotle, *Politics*, translated by C.D.C. Reeve, Hackett Publishing Company, Indianapolis, Cambridge 1998

Bentley en Owen 2001

Russel Bentley en David Owen, "Ethical Loyalties, Civic Virtue and the Circumstances of Politics" in: *Philosophical Explorations*, No. 3, September 2001, pp. 223-239

Black 1962

M. Black, *Models and Metaphors*, Cornell University Press, Ithaca, New York 1962

Boukema 1996

P.J. Boukema, "Democratie en rechtsbescherming" in: *NTB* 96/4, pp. 144-145

Branham 1991

Robert James Branham, *Debate and Critical Analysis: the Harmony of Conflict*, Lawrence Erlbaum Associates, Hillsdale, New Jersey, 1991

Brenninkmeijer 1999

A.F.M. Brenninkmeijer, "Administratie of rechter: over de rechter en beleidsvrijheid" in: S. v.d. Schenk en W. Oostenbrink, *Ménage à Trois: de rol van de rechterlijke macht binnen de Trias*, Bundel RAIO-congres 1999, WLP, Nijmegen 1999, pp. 30-48

Van den Brink 2000

Bert van den Brink, *The Tragedy of Liberalism. An Alternative Defense of a Political Tradition*, State University of New York Press, Albany 2000

Brokx 1997

G.Ph. Brokx, <Zonder titel> in: *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, 1997/1, pp. 1-5

Brouwer en Schilder 1998a

J.G. Brouwer en A.E. Schilder, "Het bestuur in het web van de rechter: spinfobie of realiteit?" in: *Ars Aequi* 47 (1998) 3, pp. 156-158

Brouwer en Schilder 1998b

J.G. Brouwer en A.E. Schilder, "Nawoord op bovenstaande reactie" in: *Ars Aequi* 47 (1998) 4, pp. 277-278

- Van der Burg en Brom 1998  
Wibren van der Burg en Frans W.A. Brom (red.), *Over idealen; Het belang van idealen in recht, moraal en politiek*, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1998
- Cicero 1954  
Cicero, *Rhetorica Ad Herennium*, with an English translation by Harry Caplan, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts 1954
- CEAwb 1996  
Commissie Evaluatie Awb, *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1994-1996*, Sdu Uitgevers, Den Haag 1996
- Cohen 1989  
Joshua Cohen, "Deliberation and Democratic Legitimacy" in: A. Hamlin en Ph. Pettit (ed.), *The Good Polity*, Basil Blackwell, Oxford 1989, pp. 17-34
- Copi 1972  
Irving M. Copi, *Introduction to Logic*, fourth edition, Macmillan, New York, London 1972
- Damen 1998  
L.J.A. Damen, "Van rechtsstaat naar rechtersstaat? De bestuursrechter onder vuur, deel II" in: *Trema* 1998, nr. 9, pp. 241-249
- Van Dale 1999  
*Van Dale Groot woordenboek der Nederlandse taal*, Van Dale Lexicografie, Utrecht etc. 1999
- Van Deth 1993  
J.W. van Deth (red.), *Handboek Politicologie*, Van Gorcum, Assen 1993
- Dijkstra 1997  
G.S.A. Dijkstra, "Rechtsstaat, rechtersstaat of regentenstaat" in: *Binnenlands Bestuur* 49, 5 december 1997, p. 16
- Van Eemeren 2001  
Frans H. van Eemeren, "The State of the Art in Argumentation Theory" in: Frans H. van Eemeren (ed.), *Crucial Concepts in Argumentation Theory*, Amsterdam University Press, Amsterdam 2001, pp. 11-26.
- Van Eemeren en Grootendorst 1982  
F.H. van Eemeren en R. Grootendorst, *Regels voor redelijke discussies*, proefschrift uitgegeven in eigen beheer, 1982



Van Eemeren, Grootendorst en Snoeck Henckemans 1996

Frans H. van Eemeren, Rob Grootendorst en Francisca Snoeck Henkemans (e.a.), *Handboek Argumentatietheorie*, Martinus Nijhoff uitgevers, Groningen 1996

Elster 1999

Jon Elster, *Alchemies of the mind. Rationality and the Emotions*, Cambridge University Press, Cambridge etc. 1999

Freeley en Steinberg 2000

Austin J. Freeley, David L. Steinberg, *Argumentation and Debate: Critical Thinking for Reasoned Decision Making*, Wadsworth, Belmont California, 2000 (tiende druk)

Fuller 1981

Lon L. Fuller, *The Principles of Social Order. Selected essays of Lon L. Fuller, edited with an introduction by Kenneth I. Winston*, Duke University Press, Durham, N.C. 1981

Garssen 2001

Bart Garssen, "Argument Schemes" in: Frans H. van Eemeren (ed.), *Crucial Concepts in Argumentation Theory*, Amsterdam University Press, Amsterdam 2001, pp. 81-100.

De Goede 2000

Peter de Goede, "Over het spanningsveld tussen recht en bestuur" in: Nico Nelissen, Henri Governe en Nicolette van Gestel, *Bestuurlijk vermogen. Analyse en beoordeling van nieuwe vormen van besturen*, Coutinho, Bussum 2000, pp. 385-313

Gutmann en Thompson 1990

Amy Gutmann en Dennis Thompson, "Moral Conflict and Political Consensus" in: *Ethics* 101 (October 1990): pp. 64-88

Gutmann en Thompson 1996

Amy Gutmann en Dennis Thompson, *Democracy and Disagreement. Why moral conflict cannot be avoided in politics, and what should be done about it*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts etc. 1996

Guépin 1983

J.P. Guépin, *De beschaving*, Bert Bakker, Amsterdam 1983

Habermas 1996

Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, translated by William Rehg, MIT Press, Cambridge, Massachusetts 1996

Hagelstein 1997

Gerrit Hagelstein, "Juridiseringsvirus tast bestuurlijke zenuwen aan" in: *CD/Actueel*, 6 december 1997, pp. 12-13

Hampshire 1999

Stuart Hampshire, *Justice is Conflict*, Duckworth, Londen 1999

Hampton 1997

Jean Hampton, *Political Philosophy*, Westview Press, Boulder, Colorado, U.S.A. 1997

Van der Heijden 1999a

P.F. van der Heijden, "De rechter en bestuurlijke ongehoorzaamheid" in: *NJB*, 8 januari 1999, pp. 11 en 12

Van der Heijden 1999b

Paul F. van der Heijden, *Het recht in de ramsj. Openbaar bestuur op de stoel van de rechter*, Uitgeverij Balans, Amsterdam 1999

Helder 1993

E. Helder, "Rechtsbescherming bij beleidsvrijheid" in: *Beleidsrecht*, syllabus Faculteit Bestuurskunde, Universiteit Twente, juli 1993

Helder 1997

E. Helder, "Preventie van rechterlijke bemoeienis: hoe bestuurlijke tekorten te verhelpen?" in: *Justitiële verkenningen*, jrg. 23, nr. 5, 1997

Hertogh 1998a

M. Hertogh, "Rechter en bestuur: tijd voor een goed gesprek" in: *S&D* 1998/3, pp. 116-121

Hertogh 1998b

Marc Hertogh, "Rechters en bestuurders in gesprek" in: *Bestuurswetenschappen* oktober/november 1998, pp. 210-227

Hertogh, Raat en Witteveen 1998

Marc Hertogh, Caroline Raat, Willem Witteveen, "Tussen rechtmatigheid en doelmatigheid. Proeve van een idealenperspectief" in: Wibren van der Burg en Frans W.A. Brom (red.), *Over idealen: het belang van idealen in recht, moraal en politiek*, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1998, pp. 103-129



Hirsch Ballin 1996

E.M.H. Hirsch Ballin, "Besluitvaardigheid" in: *NTB* 96/3, p. 106

Hoogerwerf 1989

A. Hoogerwerf, "Beleid, processen en effecten" in: A. Hoogerwerf (red.), *Overheidsbeleid: een inleiding in de beleidswetenschap*, vierde, geheel herziene druk, Samsom H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn 1989, pp. 17-33

Hordijk 2001

J.C. Hordijk, *De democratie van het respect. Schoolstrijd, levensbeschouwing en politiek debat*, Eburon, Delft 2001

Ippel 1997

P.C. Ippel, "Juridisering: een lied van schijn en wezen" in: *Justitiële verkenningen*, jaargang 23, nr. 5, 1997

Johnson en Blair 1983

R.H. Johnson en J.A. Blair, *Logical Self-Defense*, second edition, MacGraw-Hill Ryerson, Toronto etc, 1977, 1983

Kelly 1964

John M. Kelly, "Audi alteram partem" in: *Natural Law Forum* 9, 1964, pp. 103-110

Van Kemenade 1996

J.A. van Kemenade, *Nieuwjaarstoespraak*, 5 januari 1996

Van Kemenade 1997

Jos van Kemenade, "De gekooide overheid" in: *Openbaar bestuur*, 1997/3, pp. 2-7

Van Kemenade en Versteden 1997

J.A. van Kemenade (voorzitter) en C.J.N. Versteden (secretaris), *Bestuur in geding*, Provinciehuis Noord-Holland, Servicepunt Facilitair Bedrijf, november 1997

Van Kemenade en Versteden 1998

J.A. van Kemenade en C.J.N. Versteden, "Reactie Op: Het bestuur in het web van de rechter: spinfobie of realiteit?" in: *Ars Aequi* 47 (1998) 4, pp. 274-277

Van Kemenade 1999

J.A. van Kemenade, "Het recht van het Bestuur" in: *NJB*, 8 januari 1999, pp. 12 en 13

Van Kemenade 2000

J.A. van Kemenade, "Juridisering en bestuurlijk vermogen" in: *Bestuurswetenschappen*, 2000, nr. 3, pp. 227-237

Keur 1998

Renske Keur, "Tussen raadzaal en rechtszaal" in: *Lokaal Bestuur*, februari 1998, pp. 24-25

Konijnenbelt 1997

W. Konijnenbelt, "Discussie juridisering ontstijgt de borreltafel" in: *Binnenlands Bestuur* 51-52, 19 december 1997, pp. 18-19

Korthals 2000

A.H. Korthals, "Juridisering in het openbaar bestuur" in: *NJB*, 28 januari 2000, pp. 209-214

Lakoff en Johnson 1980

George Lakoff en Mark Johnson, *Metaphors We Live By*, University of Chicago Press, Chicago 1980

Mayhew 1974

David R. Mayhew, Congress. *The electoral connection*, Yale University Press, New Haven and London 1974

Nietzsche 1980

Friedrich Nietzsche, *Over de genealogie van de moraal: een polemisch geschrift*, vertaald door Thomas Graftdijk, De Arbeiderspers, Amsterdam 1980

Owen 1995

David Owen, *Nietzsche, Politics and Modernity: A Critique of Liberal Reason*, Sage Publications, London 1995

Plutarchus 1951

Plutarchus, *Pericles*, in: *Plutarch's Lives*, Volume III, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 1951

Polak 1997

J.E.M. Polak, "De bestuursrechtspraak en de juridisering" in: *Nederlands Juristenblad*, 22 mei 1997, pp. 950-955

Prins 2000

Baukje Prins, *Voorbij de onschuld. Het debat over de multiculturele samenleving*, Van Gennep, Amsterdam 2000



Pröpper 1989

I.M.A.M. Pröpper, *Argumentatie en machtsuitoefening in onderzoek en beleid. Evaluatie-onderzoek naar de wet investeringsrekening en het gebruik ervan in het beleidsproces*, Faculteit der Bestuurskunde, Universiteit Twente, Enschede 1989

Quintilianus 2001

Quintilianus, *De opleiding tot redenaar*, vertaald, ingeleid en van aantekeningen voorzien door Piet Gerbrandy, Historische Uitgeverij, Groningen 2001

Rawls 1971

John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts 1971

Rawls 1993

John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York 1993

Rawls 1999

John Rawls, *The Law of Peoples with "The Idea of Public Reason Revisited"*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts 1999

Rbb 1996

Raad voor het Binnenlands Bestuur, *Besturen op de tast. Om een doelmatig en democratisch bestuur aan het eind van de twintigste eeuw*, Raad voor het Binnenlands Bestuur, Den Haag 1996

Rein en Schön 1986

Martin Rein en Donald A. Schön, "Frame-reflective policy discourse" in: *Beleidsanalyse* 1986, 4, pp. 4-18

Remer 1999

Gary Remer, "Political Oratory and Conversation. Cicero versus Deliberative Democracy" in: *Political Theory*, Vol. 27, No. 1, February 1999, pp. 39-64

Remer 2000

Gary Remer, "Two Models of Deliberation. Oratory and Conversation in Ratifying the Constitution" in: *The Journal of Political Philosophy*, Volume 8, Number 1, 2000, pp. 68-90

Rescher 1988

Nicholas Rescher, *Rationality. A Philosophical Inquiry into the Nature and the Rationale of Reason*, Clarendon Press, Oxford 1988

Rombouts 1997

A.G.J.M. Rombouts, "Rechtsbescherming: overdaad schaadt" in: *Justitiële verkenningen*, jrg. 23, nr. 5, 1997

Rorty 1989

Richard Rorty, *Contingency, irony, and solidarity*, Cambridge University Press, Cambridge etc. 1989

Rosier 1997

Theo Rosier, *Vrijheid van meningsuiting en discriminatie in Nederland en Amerika*, Ars Aequi Libri, Nijmegen 1997

Schellens en Verhoeven 1994

P.J. Schellens en G. Verhoeven, *Argument en tegenargument: analyse en beoordeling van betogende teksten*, tweede, herzien druk, Martinus Nijhoff Uitgevers, Groningen 1994

Scheltema 1999

M. Scheltema, "(Hoe) verder met de Awb?" in: F.A.W. Stroink, A.W. Heringa en A.R. Neerhof (red.), *Vijf jaar JB en Awb*, Sdu Uitgevers, Den Haag 1999, pp. 123-129

Van Schendelen 1989

M.P.C.M. van Schendelen, "Het parlement" in: R.B. Andeweg, A. Hoogerwerf en J.J.A. Thomassen (red.), *Politiek in Nederland*, Samsom H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn 1989 (derde druk), pp. 189-211

Schiappa 1991

E. Schiappa, *Protagoras and Logos: A Study in Greek Philosophy and Rhetoric*, University of South Carolina Press, Columbia, South Carolina 1991

Schön 1979

Donald A. Schön, "Generative Metaphor: A Perspective on Problem-Setting in Social Policy" in: Andrew Ortony (ed.), *Metaphor and Thought*, Cambridge University Press, Cambridge etc, 1979, pp. 254-283

Schön en Rein 1994

D.A. Schön en M. Rein, *Frame reflection. Toward the resolution of intractable policy controversies*, Basic Books, New York 1994



Snoeck Henkemans 2001

A. Francisca Snoeck Henkemans, "Argumentation structures" in: Frans H. van Eemeren (ed.), *Crucial Concepts in Argumentation Theory*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2001

Steiner, Bächtiger, Spörndli en Steenbergen 2004

Jürg Steiner, André Bächtiger, Markus Spörndli en Marco R. Steenbergen, *Deliberative Politics in Action. Analysing Parliamentary Discourse*, Cambridge University Press, Cambridge 2004

Swanborn 1981

P.G. Swanborn, *Methoden van sociaal-wetenschappelijk onderzoek*, nieuwe editie, Boom, Meppel, Amsterdam 1981, 1987

Tak 1998

A.Q.C. Tak, "Vlucht naar rechter te wijten aan falende politieke controle" in: *Binnenlands Bestuur* 7, 13 februari 1998, p. 21

Taylor 1998

Charles Taylor, "The Dynamics of Democratic Exclusion" in: *Journal of Democracy* 9:4 (1998), pp. 143-156

Tjittes 1998

Rieme-Jan Tjittes, "Naar een Paarse Pruikentijd?" in: *de Volkskrant*, 10 december 1998

Tops 1997

P.W. Tops, "Opinies van rechters en burgemeesters over "juridificering". Enige gegevens op basis van een enquête" in: *NTB*, 1997/1, pp. 30-32

Trappenburg 1993

M.J. Trappenburg, *Soorten van gelijk. Medisch-ethische discussies in Nederland*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1993

Tully 1999

James Tully, "The agonic freedom of citizens" in: *Economy and Society*, Volume 28, Number 2, May 1999, pp. 161-182.

Verheij 1992

Nico Verheij, "Algemene wet bestuursrecht in vogelvlucht" in: *Bestuurswetenschappen*, 1992, nr. 3

Verheij 1995

N. Verheij, *Het systeem van de Algemene wet bestuursrecht*, tweede druk, Ars Aequi Libri, Nijmegen 1995

Verheij 1997

N. Verheij, "Rechtsbescherming in Nederland: teveel van het goede?" in: *Justitiële verkenningen*, jrg. 23, nr. 5, 1997, pp. 13-27

Versteden 1997

C.J.N. Versteden, "Juridisering: de democratische rechtsstaat uit balans" in: *Nederlands Juristenblad*, 23 mei 1997, pp. 943-949

Van der Vlies 1997

I.C. van der Vlies, "Kwantum-belangenafweging" in: *Ars Aequi* 46 (1997) 1, pp. 43-49

De Waard 1997

B.W.N. de Waard, "Rechtsbescherming in bescherming" in: *NTB* 97/1, pp. 6-12

De Waard 1998

B.W.N. de Waard, "Knellend bestuursrecht" in: *NTB* 1998/3, pp. 60-65

Waldron 1995

Jeremy Waldron, "The Wisdom of the Multitude: Some reflections on Book 3, Chapter 11 of Aristotle's Politics" in *Political Theory* 1995, pp. 563-583

Waldron 1999a

Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford 1999

Waldron 1999b

Jeremy Waldron, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, Cambridge 1999

Winter en Herweijer 1997

Heinrich Winter en Michiel Herweijer, "Versterking van de juridische functie hard nodig: minder bemoeienis van de rechter leidt niet tot beter bestuur" in: *Binnenlands Bestuur* 48, 28 november 1997, p. 22

Witteveen 1988

W.J. Witteveen, *De retoriek in het recht: over retorica en interpretatie, staatsrecht en democratie*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1988

Witteveen 1991

W.J. Witteveen, *Evenwicht van machten*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1991



Witteveen 1992

Willem Witteveen, *Het theater van de politiek. Publieke retorica en de paspoortaffaire*, Amber, Amsterdam 1992

Witteveen 2000

Willem Witteveen, *De denkbeeldige staat: voorstellen van democratische vernieuwing*, Amsterdam University Press, Amsterdam 2000

Wolthuis 2000

A.J. Wolthuis, "De juridisering van het debat. Rechters en bestuurders over juridisering" in: *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 2000, jrg. 29, afl. 3, pp. 242-249

De Zeeuw 1997a

F. de Zeeuw, "Juridisering. Tijd voor concrete voorstellen" in: *Justitiële verkenningen*, jrg. 23, nr. 6, 1997, pp. 165-168

De Zeeuw 1997b

Friso de Zeeuw, *De weegschaal van politiek en recht: voorstel voor een nieuw evenwicht*, publicatie van het Centrum voor Lokaal Bestuur, 1997

# Trefwoordenregister

Aannemelijkheid (van beweringen) 51-54, 82-86, 104-112, 135

Aanval 43-44, 54, 57, 59, 102-115, 149-155

Acceptatie (van wetten) 41-42, 46-49

Algemene wet bestuursrecht 69-72

Argument 51-54

Argumentatiestructuur 53, 80-82, 104

Audi (et) alteram partem 28-30, 41

Beleidsproces 13, 34 noot 12, 94, 97

Besluitvorming 32-34, 36, 42

*Bestuur in geding* 74-75, 78-86, 88-95

Betoog 38, 55-58

Bewering 51-52

Conversatie (zie: Gesprek)

Debat

bestuurlijk - 39, 147 noot 3

definitie van - 37

juridisch - 32, 38

-onderzoek 7

politiek - 32, 38-39

Deliberatie (zie: Gesprek)

Deugdelijkheid (van argumentatie) 42-44, 52, 86, 104, 109, 112, 120, 134-135, 154

Dialogoog (zie: Gesprek)

Effectiviteit 81

Efficiëntie 81

Ethos 55, 57, 86-88, 114-116, 129, 135-137

Filosofie 2-3, 5-8, 17, 28, 30

Formeel (perspectief op debat) 8, 24-30, 159

Geldigheid (van redeneringen) 52-54, 82, 86, 112, 135

Gesprek 35-36, 49 noot 16, 166

Gezichtspunt 60-68, 89-94, 116-119, 137-139, 157

Inleiding (van een betoog) 57-58, 77-78, 101-102, 134

Inspanning (leveren bij het debatteren) 4, 13, 58, 164



Lot (Het -) 33, 36

Marginale toetsing 92-94, 117-119, 123, 127, 143

Metafoor 64-68, 89-94, 116-119, 137-139, 157

Misverstand 65-66, 68, 112, 120, 165, 167

Nadenken (zie: Oordeelsvorming)

Onderbouwing 43-44, 54, 79-86, 102-109, 134-135, 152-155, 162-163

Onderhandeling 34

Opening (zie: Inleiding)

Oordeelsvorming 31-36, 42, 131-134, 156, 163

Overleg (door kamercommissies) 148-156, 161

Pathos 56, 88, 116, 137

Perspectief (zie: Gezichtspunt)

Politicologie 3-4, 3 noot 3, 7, 11-12, 164

Rationeel (zie: Weloverwogen)

Redeneerstructuur (zie: Argumentatiestructuur)

Redenering 51-53

Relevantie 52-53, 82, 108 noot 5, 135, 154

Retoriek (zie: Ethos en Pathos)

Rolverdeling 56-58, 76-78, 100-102, 134, 167

Trias politica 91-92, 119, 138-139, 145, 150, 157

Verdediging 43-44, 54, 103-104, 109-112, 162-163

Vermogen (om te debatteren) 4, 13, 58-59, 66, 120, 164-165

Voldoende (argumenten) (zie: Argumentatiestructuur)

Vragen en antwoorden 38, 40, 148-149, 152

Weloverwogen (oordeel) 42-46, 131-134, 156, 163

Wijs (zie: Weloverwogen)

## **Uitgaven van het Schoordijk Instituut in de reeks Centrum voor Wetgevingsvraagstukken**

Rechtsontwikkeling door wetgeving

*M.S. Groenhuijsen en J.A.F. Peters (red.)*

Beleid en regelgeving inzake medisch-ethische vraagstukken

*S.M.S.M. van de Goor*

Wat maakt de wet symbolisch?

*W.J. Witteveen, P. van Seters en G. van Roermund (red.)*

Milieu als wetgevingsvraagstuk

*Ph. Eijlander, P.C. Gilhuis, M.G.W.M. Peeters, J.A.F. Peters en  
W.J.M. Voermans (red.)*

Wetgeving in beweging

*L.A. Geelhoed, E.M.H. Hirsch Ballin, J.M. Polak, U. Rosenthal, I.Th.M.  
Snellen en I.C. van der Vlies*

Marktconform milieurecht? Een rechtsvergelijkende studie naar de  
verhandelbaarheid van vervuilingsrechten

*Marjan Peeters*

Het grondrecht op bescherming van het leefmilieu

*Jonathan Verschuuren*

De wet stellen. Beschouwingen over onderwerpen van wetgeving

*Ph. Eijlander*

Brussel en Nederland: tegenliggers, spookrijders of reisgenoten? Implementatie  
van EG-regelingen in de Nederlandse rechtsorde

*V.J.J.M. Bekkers, J.M. Bonnes, A.J.C. de Moor-van Vugt en W.J.M.  
Voermans*

Vrijheid van wetenschap. Juridische beschouwingen over wetenschapsbeleid en  
hoger onderwijs

*Paul Zoontjens*

Het budgetrecht. Rechtsvergelijkende studie naar de begrotingsbehandeling door  
het parlement in de Verenigde Staten, Engeland en Nederland

*E.J. Janse de Jonge*



Rechtsvergelijking in het wetgevingsproces

*Nico Florijn*

Overheid en zelfregulering. Alibi voor vrijblijvendheid of prikkel tot actie?

*Ph. Eijlander, P.C. Gilhuis en J.A.F. Peters (red.)*

Uitvoering van EG-verordeningen in Nederland

*Jacqueline Bonnes*

De Tijdelijke Wet Arbeidsbemiddeling Onderwijs (TWAO). Terugdringen Werkloosheid door Aantasting Onderwijsvrijheid?

*B.P. Vermeulen*

Het profiel van de sociale grondrechten

*F. Vlemminx 1e druk*

Juridische bescherming van beeksystemen: de grenzen verlegd

*Annelies Freriks*

Het particulier onderwijs. Een onderzoek naar de rol en de taak van de wetgever inzake het niet door de overheid bekostigde onderwijs, in het bijzonder het erkend onderwijs

*H.A.M. Backx*

Wetgeven en de maat van de tijd

*Ph. Eijlander, P.H.A. Frissen, P.C. Gilhuis, J.H. van Kreveld en B.W.N. de Waard (red.)*

Maten en gewichten. Het evenredigheidsbeginsel in Europees perspectief

*Adrienne de Moor-van Vugt*

Subsidiariteit en Europese integratie. Een oude wijsheid in een nieuwe context

*V.J.J.M. Bekkers, H.T.P.M. van den Hurk, G. Leenknecht (red.)*

Sturen in de mist..., maar dan met radar. Een onderzoek naar praktisch haalbare vormen van computerondersteuning bij het ontwerpen van regelingen

*Wim Voermans*

Markt en wet

*R.A.J. van Gestel & Ph. Eijlander e.a. (red.)*

Van Den Bosch naar Basel en terug. Enkele opmerkingen over het juridisch kader voor grensoverschrijdend afvalstoffenvervoer

*Ch.W. Backes*

Het voorzorgsbeginsel in het natuurbeschermingsrecht

*Ch.W. Backes, P.C. Gilhuis, J.M. Verschuuren (red.)*

Meer zicht op wetgeving. Rechterlijke toetsing van wetgeving aan de Grondwet en fundamentele rechtsbeginselen

*M.L.P. van Houten*

WTO, ILO en EG: handelen in vrijheid

*W.J.M. van Genugten*

Grondrechten en zelfregulering

*H.R.B.M. Kummeling en S.C. van Bijsterveld (red.)*

Vrijheid van onderwijs in vijf Europese landen. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de gemeenschappelijke rechtsbeginselen op het gebied van het onderwijs in België, Duitsland, Engeland, Frankrijk en Nederland

*Gert-Jan Leenknecht*

Het verdwijnpunt van de wet. Een opstel over symboolwerking van wetgeving

*Bert van Roermund*

De toekomst van de Wet milieubeheer

*Th.G. Drupsteen, P.C. Gilhuis, C.J. Kleijs-Wijnnobel, S.D.M. de Leeuw, J.M. Verschuuren*

De wet als symbool: Over wettelijke communicatie en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid

*Bart van Klink*

Medeplegen

*M.M. van Toorenburg*

Een nieuw profiel van de grondrechten. Een analyse van de prestatieplichten ingevolge klassieke en sociale grondrechten

*F. Vlemminx 2e volledig herziene druk*

Juridische handleiding bedrijfsinterne milieuzorg en vergunning op hoofdzaken

*R.A.J. van Gestel en J.M. Verschuuren*

Sturen met ruimtelijke structuren

De meerwaarde van een gemeentelijke projectprocedure in de WRO

*Dick Peters*

De laatste wilde hamster in Nederland en de grondslagen van het Europees en internationaal milieurecht

*J.M. Verschuuren*

De overtuigende wetgever

*Bart van Klink en Willem Witteveen*



Wetgevingsleer

*Ph. Eijlander en W.J.M. Voermans*

Zelfregulering, milieuzorg en bedrijven. Naar eigen verantwoordelijkheid binnen kaders

*Rob van Gestel*

Negotiated Decision-Making

*Boudewijn de Waard (Ed.)*

Handhaving van Europees milieurecht in Nederland

*I.M. Koopmans en J.M. Verschuuren*

De rechter als rechtsvormer

*Erik-Jan Broers en Bart van Klink (red.)*

Een nieuw profiel van de grondrechten. Een analyse van de prestatieplichten ingevolge klassieke en sociale grondrechten

*Frank Vlemminx 3e volledig herziene druk*

Codificatie van milieurechtelijke beginselen in de Wet milieubeheer

*Ch.W. Backes, LL.M., C.J. Bastmeijer, A.A. Freriks, R.A.J. van Gestel, J.M. Verschuuren*

Duurzame Wetgeving. Over wetgeving en bestuurlijke organisatie als instrument voor behoud en verandering

*Gustaaf Biezeveld*

Blind vertrouwen? Een onderzoek naar de toepassing van certificatie ten dienste van de handhaving van wettelijke voorschriften

*G.J.M. Evers*

Is er nog verschil tussen Europees en Nederlands milieurecht?

*P.C. Gilhuis en J.M. Verschuuren (red.)*

Interactie tussen wetgever en rechter vóór de Trias Politica. Handelingen van het congres gehouden te Tilburg op 12 en 13 december 2002

*E.J.M.F.C. Broers en B.C.M. Jacobs*

Regulering van informatiedoorgifte door de productketen

*A.P. de Wit*

De formele kwaliteit van een politiek debat. Het debat over juridisering in het openbaar bestuur (1996-2000)

*A.J. Wolthuis*

Bibliotheek K. U. Brabant



17 000 01541322 3